

# De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief

Citation for published version (APA):

Roos, N. H. M. (1987). *De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief*. Wolters-Noordhoff.  
<https://doi.org/10.26481/spe.19871127nr>

## Document status and date:

Published: 27/11/1987

## DOI:

[10.26481/spe.19871127nr](https://doi.org/10.26481/spe.19871127nr)

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief



N. Roos

**De Nederlandse privaatrechtsleer in  
dramatisch perspectief**

Wolters-Noordhoff Groningen

De Nederlandse privaatrechtsleer in dramatisch perspectief

**Rechtswetenschappelijke Reeks**

*Redactie*

Prof. mr. J.A. Ankum  
Prof. mr. J.F. Glastra van Loon  
Mr. F.A.J. Gras *secretaris*  
Prof. mr. A.J. Hoekema  
Drs. E.A. Baerends  
Dr. K.A. Soudijn

*Reeds verschenen*

**De sociale werkelijkheid van het standaardcontract**

Mr. F.A.J. Gras

**Industrie, milieu en wetgeving**

Dr. M.V.C. Aalders

**Regels en redelijkheid in de bijstandsverlening**

R. Knegt

**Regeltoepassing in de ambtelijke praktijk van**

**Hinderwet- en Bouwtoezichtafdeling**

Dr. M.V.C. Aalders

**Fraudeofficeren in de opsporing**

Mr. H.G. van de Bunt en Mr. J.H. Peek

**Norm en Handeling**

Prof. mr. J.F. Glastra van Loon

0 1 2 3 4 5 / 91 90 89 88 87

Copyright © 1987 Wolters-Noordhoff bv Groningen,  
The Netherlands

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden veelelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

*All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.*

ISBN 90 01 76250 6

# DE NEDERLANDSE PRIVAATRECHTSLEER IN DRAMATISCH PERSPECTIEF

Rede gehouden op vrijdag 27 november 1987 ter  
gelegenheid van de aanvaarding van het ambt van  
hoogleraar in de metajuridica aan de Juridische  
faculteit van de Rijksuniversiteit Limburg door  
prof. mr. N.H.M. Roos.

## Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
2	Wat is metajuridica?	1
3	De dialectiek van heer- en knechtschap in het recht	6
4	Het Nieuw Burgerlijk Wetboek als 'unzeitgemässes' verschijnsel	11
5	De echo van Von Savigny	16
6	Het ontstaan van het NBW als een samenloop van omstandigheden	21
7	Meijers: een miskend erkend genie	27
8	De 'petite histoire' van een grote controverse	32
9	Meijers en de (privaat)rechtsleer in de tweede helft van deze eeuw	42
10	De verhouding van wetgever en rechter	45
	Noten	51

## 1 Inleiding.

Deze openbare les bestaat uit drie onderdelen. Ik zal eerst verduidelijken wat ik onder metajuridica wil verstaan. Daarna zal ik, mede ter illustratie van die opvatting, de ontwikkeling van de Nederlandse privaatrechtsleer in deze eeuw als object van een metajuridische exercitie nemen. Deze zal mij tenslotte tot een staatsrechtelijke conclusie leiden, waaraan ik een voorstel tot verandering van ons politieke stelsel zal verbinden.

Veel van wat ik hier zal beweren zal een nogal apodictisch karakter dragen in verband met ruimtelijke beperkingen. Bij het voorbereiden van deze openbare les is het werk mij weer eens flink uit de hand gelopen (1). Mijn visie op de ontwikkeling van de Nederlandse (privaat)rechtsleer hoop ik over niet al te lange tijd in de vorm van een boek te publiceren. Dat sommige van mijn beweringen in deze openbare les vooralsnog niet erg uitvoerig en stevig onderbouwd zullen zijn, zal ongetwijfeld ergerlijk zijn voor de critici, die zullen staan te trappelen van ongeduld om mij van katoen te dienen. Ik zal mij namelijk, hoewel ik op privaatrechtelijk terrein weinig deskundig ben, niet alleen maar in die gewijde leeuwekuil begeven, maar ik zal bovendien, gek van angst natuurlijk, ook nog 'boel' roepen tegen de leeuwen, hopen dat mij het geluk van Daniël 6:22-23 beschoren zal zijn.

## 2 Wat is metajuridica?

Bij de officiële aanvaarding van het, voorzover mij bekend, enige hoogleraarsambt in de wereld dat de metajuridica tot leeropdracht heeft, lijkt het mij passend het een en ander te zeggen over wat ik onder die geenszins nieuwe, maar toch niet zeer gebruikelijke term wil verstaan. Ik versta die uitdrukking in een ruime en in een enge zin.

In de ruimere zin is het een verzamelterm voor alle extern-juridische perspectieven op het recht, zoals bijvoorbeeld de rechtssociologie, de rechtsgeschiedenis of de rechtstheorie. Met 'extern-juridisch' bedoel ik, dat het er niet om gaat om in prescriptieve



zin uitspraken te doen over positief recht, zoals dat hier en nu of in de toekomst zou moeten gelden dan wel in het verleden had behoren te gelden naar de geldingscriteria van dit positieve recht zelf. Bij de hantering van het onderscheid van externe en interne rechtsbeschouwing is het oppassen gebaasd en wel om vier redenen.

In de eerste plaats moet het onderscheid niet verward worden met het al dan niet rationele karakter van een juridische beschouwing. Of een interne beschouwing een rationeel karakter heeft, hangt af van de mate waarin er zich binnen een bepaald rechtssysteem in voldoende mate duidelijke maatstaven ter beoordeling van de aanvaardbaarheid van uitspraken in dat systeem ontwikkeld hebben. Ook bij gebrek aan interne rationaliteit, kan een interne rechtsbeschouwing uiteraard wel rationeel zijn gemeten naar externe, dat wil zeggen niet intern hanteerbare criteria, zoals bijvoorbeeld criteria van sociale of economische rationaliteit.

Een tweede reden om op te passen met het onderscheid Intern-extern is dat in Intern gerichte beschouwingen over recht heel wat beweringen voorkomen die ook naar externe maatstaven aanvaardbaar zijn. Dat de Hoge Raad in 1919 het arrest Lindebaum-Cohen 'onzorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer' als rechtsgrond voor een actie tot schadevergoeding uit 1401 BW erkend heeft, is bijvoorbeeld zo'n uitspraak. Meestal zal een dergelijke uitspraak in een Intern betoog echter worden gebruikt als argument voor het feit dat de Hoge Raad dat ook in het hier en nu voorliggende geval zou moeten doen en dan heeft zij een andere strekking dan in een extern betoog, waarin het er bijvoorbeeld om zou kunnen gaan te verklaren waarom de Hoge Raad juist toen is omgegaan (2).

Een derde reden om het onderscheid tussen externe en interne rechtsbeschouwing voorzichtig te hanteren, is dat het niet verward moet worden met het onderscheid descriptief-prescriptief. Een Intern betoog is weliswaar in laatste instantie prescriptief gericht, maar maakt, zoals gezegd, gebruik van talloze uitspraken, die vanuit zulver descriptief perspectief volkomen aanvaardbaar zouden zijn. Omgekeerd is het zeer wel mogelijk vanuit extern perspectief een prescriptief betoog te houden, namelijk vanuit normatieve uitgangspunten waarvan de gelding niet wordt gebaseerd op het positieve recht.

Een vierde reden om het onderscheid tussen interne en externe rechtsbeschouwing enigszins te relativiseren is gelegen in de verhouding tussen formele en materiële aspecten van het recht. Onder 'formeel' versta ik hier het recht als een systeem van geldings- en competentieregels en van regels die de formele verenigbaarheid van rechtsregels reguleren, waardoor de rechtsgeldigheid van rechtsregels bepaald is door andere kenmerken dan hun inhoud, namelijk van kenmerken en van zuiver logische, temporele, ruimtelijke of regelhiërarchische aard. Dergelijke regels worden belangrijker naarmate een rechtssysteem meer gepositiveerd raakt, dat wil zeggen naarmate de gelding van regels meer afhankelijk wordt gemaakt van een wederom op formele wijze te bepalen oorsprong van rechtsregels. Al deze regels, behalve die van de logica, hebben echter potentieel ook een materiële fundering van ideologische aard. In principe is het mogelijk zich van alle formele aspecten niets aan te trekken en een rechtstreeks beroep te doen op die materiële fundering. Bezwaren van formele aard kunnen dan opzij worden geschoven, maar we verlaten daarmee het terrein van de juridische beschouwing in strikte zin en betreden dat van de morele en politieke filosofie. Let wel: ik zeg niet dat dit soort overwegingen niet thuis horen in een juridisch betoog, maar alleen dat het betoog slechts een juridisch karakter heeft voorzover het formele kader niet opzij gezet wordt. Ook binnen dat kader blijft er heel wat ruimte voor overwegingen van politiek-filosofische en ethische aard en juist die ruimte blijkt veelal onvoldoende geëxploreerd te worden (3).

Blijven we nu binnen dit formele kader, dan is het mogelijk de structurele eigenschappen van rechtsordes als een geheel van normen rechtstheoretisch te bestuderen, waardoor de eigenschappen ervan worden gepreciseerd en in het bijzonder de grenzen van dergelijke systemen worden bepaald. Dit soort studies hebben in principe weliswaar een extern karakter, maar ze hebben in dat geval niettemin directe interne consequenties, als men zich aan het formele kader intern gebonden acht. In mijn betoog in 'Grondwet en kruisvluchtwapens' (4) bijvoorbeeld, heb ik een rechtstheoretisch gefundeerde stelling met intern-juridische relevantie gebruikt.

Tot zover dan mijn betoog over de afgrenzing van metajuridica

als verzameling van disciplines waarvan de inhoud afhankelijk is van het soort filosofische of menswetenschappelijke discipline waarin recht tot object van onderzoek wordt gemaakt. De verscheidenheid van metajuridische disciplines is thans al zo enorm, dat geen normaal mens ze meer allemaal volgen, laat staan beheersen kan. Het is al een hele kunst om de ontwikkelingen op het terrein van slechts één van de vele subdisciplines binnen de metajuridica bij te houden. Wie zich niet specialiseert is eenvoudig gedoemd een bloedige amateur en eclecticus te blijven.

Zo'n specialisatie kan in principe drie vormen aannemen. Men kan zich specialiseren in een bepaalde discipline, bijvoorbeeld de rechtstheorie, de rechtspsychologie, de rechtseconomie of, en dat is de tweede vorm, men kan zich specialiseren op een bepaalde thematiek, bijvoorbeeld criminaliteit, wetgeving, rechtsvinding, bewijsvoering, juridische beroepsgroepen, enz., waarbij men invalshoeken van verschillende metajuridische disciplines combineert.

De derde vorm van specialisatie is die waarvoor ik de term 'metajuridica' in enge zin zou willen reserveren. Daarin staat de analyse van de ontwikkeling van het juridisch denken centraal. Het juridisch denken kent verschillende niveaus, de ontwikkeling van regels en rechtsinstituten, de leer van de toepassing en ontwikkeling van regels, ook wel rechtsvinding genoemd, de interne bestudering van recht of de rechtsdogmatiek, en tenslotte de sociaal-wetenschappelijke, de rechtstheoretische (logisch en structuur-theoretische) of de rechtsfilosofische (normatief-ontologische) bestudering van recht (5). Behalve de ontwikkeling op al deze niveaus is met name ook de wisselwerking tussen de verschillende niveaus van belang. Voor metajuridica in deze derde zin is metajuridica in de twee eerdere betekenissen zowel object als hulpwetenschap; object, omdat ze deel gaan uitmaken van het denken over recht, en hulpwetenschap, omdat ze kunnen helpen verklaren waarom het juridisch denken zich onder bepaalde omstandigheden op een bepaalde wijze ontwikkelt. Metajuridica in enge zin is met andere woorden kennis-sociologie en kennistheorie van het recht. Zij verhoudt zich tot metajuridica in ruime zin op dezelfde wijze waarop de moderne wetenschapstheorie zich verhoudt tot de wetenschap. Ze gebruikt we-

tenschappelijke theorieën om wetenschapsontwikkeling te verklaren en beoordeelt wetenschapsontwikkeling tegelijkertijd onder het gezichtspunt van haar vermogen om problemen op te lossen en om constructief op de oude problemen voortbouwend, nieuwe problemen te genereren. De moderne wetenschapstheorie staat daarbij in een circulaire verhouding tot de wetenschap en tot zichzelf. Sinds de wending naar het criticisme onder invloed van Karl Popper is de wetenschapstheorie zichzelf hoe langer hoe meer aan dezelfde criteria gaan onderwerpen als die welke ze aan haar object meent te kunnen constateren. Moderne wetenschapstheorie ziet zichzelf derhalve anders dan de traditionele filosofie, niet als transcendent of transcendentiaal ten opzichte van de vakwetenschappen, maar als een immanente reflectie erop, die er een bijdrage aan levert en zijn object kan beïnvloeden en veranderen.

Metajuridica in enge zin is derhalve iets anders dan rechtstheorie, want het maakt ook de rechtstheorie tot zijn object en ziet ook rechtstheorie als uitdrukking of instrument voor de formulering van oplossingsstrategieën van juridische problemen, zonder overigens enige pretentie van theoretische superioriteit ten opzichte van de rechtstheorie.

Een van de belangrijkste inzichten waartoe de modernere wetenschapstheorie heeft geleid, is dat condities van rationaliteit van wetenschap niet onafhankelijk van sociale, algemeen culturele en intellectuele condities kunnen worden bezien, evenmin als onafhankelijk van het soort problemen dat ter oplossing staat. Gegeven problemen kunnen bij gegeven condities vaak langs verschillende wegen worden aangepakt of zelfs worden opgelost (6). Wat vooral van belang is voor vooruitgang in het denken is dat er voldoende variatie aanwezig is alsmede selectiedruk. Deze visie op rationaliteit van wetenschappelijk en buiten-wetenschappelijk probleemoplossend denken, impliceert ook een andere visie op de waarde van bultentheoretische factoren. De invloed van persoonlijke en sociale factoren in de ontwikkeling van het denken is niet a priori negatief te waarderen, mits deze de variatie in het denken stimuleren en de selectiedruk niet ondermijnen. Op grond van deze uitgangspunten wil ik nu gaan kijken naar de ontwikkeling in de privaatrechtsleer in

Nederland in deze eeuw. Mijn stelling zal zijn, dat er flink veel variatie was en is, maar dat er als gevolg van nader te releveren factoren slechts een zeer geringe selectiedruk was of, als men wil, juist een te sterke druk, maar dan een druk die werkte in de richting van herhaling of parafrasering van reeds bereikte resultaten. Daardoor is de vooruitgang in het rechtswetenschappelijk denken gehinderd en, als gevolg daarvan, ook de verhoging van het theoretisch gehalte van wetgeving en rechtspraak, waarbij er uiteraard interactie plaatsvond tussen die twee niveaus van juridisch denken.

### 3 De dialectiek van heer- en knechtschap in het recht.

Laat ik maar meteen mijn kaarten open op tafel gooien en mijn globale visie geven op de ontwikkeling van de rechtsleer in deze eeuw, in het bijzonder op het terrein van het privaatrecht. Met 'privaatrechtsleer' doel ik hier op de meer algemene ideeën over object, methode en de fundamentele begrippen van het privaatrecht. Deze zijn mijns inziens in hoofdzaak bepaald geweest door het probleem van de verhouding tussen wetgever en rechter en wel in die zin, dat de privaatrechtsleer zich vooral heeft ontwikkeld als legitimatietheorie van een globaal gezien in deze eeuw steeds verder toegenomen vrijheid van de rechter ten opzichte van de wet.

Tegen die ontwikkeling heb ik twee bezwaren. Het eerste bezwaar is, dat deze theorieën weinig of niets hebben bijgedragen aan een inhoudelijke methodologie. Ze bevatten weinig aanwijzingen over de wijze waarop op een controleerbare manier met die rechterlijke vrijheid moet worden omgegaan, laat staan dat er ook nog iets uit zou kunnen worden afgeleid over de wijze waarop wetten optimaal in elkaar gezet kunnen worden. Mijn tweede bezwaar is, dat de verdeling van rechtsvormende macht over rechter en wetgever in principe geen kwestie van juridische methodenleer is, maar een staats theoretische kwestie, hoewel het antwoord op deze laatste wel weer bepalend kan zijn voor het soort methodische kwesties, waarmee de rechter geconfronteerd kan worden.

In een democratische rechtsstaat, moet het als een paal boven water blijven staan dat de rechtsvorming in principe (dat wil zeg-

gen binnen gegeven constitutionele grenzen) thuis hoort bij de politieke organen en niet bij de rechter. Met dat laatste wil ik niet zeggen dat de rechter als het ware mechanisch de wet zou moeten toepassen en ook niet - buiten het strafrecht - recht zou mogen vormen in die gevallen, die de wetgever niet voorzien heeft. Maar als de rechter dat doet, moet hij idealiter aansluiten bij het in de wet gepositieerde recht. Bij dat aansluiten bij het gepositieerde recht zijn de rechter ongetwijfeld vele vrijheden gegeven. In belangrijke mate is dat echter het gevolg van het feit dat de wetgeving in methodologisch opzicht een onderontwikkeld gebied is. Juristen zijn traditioneel vooral in rechtspraak of slechts in de interpretatie van wetten geïnteresseerd geweest. Mijn stelling is nu, dat het gros van de juristen bij die onderontwikkeldheid van de wetgevingstheorie een niet alleen door de traditie bepaald belang heeft. Alom hoort men weliswaar het ach en wee over de kwaliteit van wetgeving, maar dat men daar nou werkelijk zo vreselijk mee zit, waag ik te betwijfelen. Slechte wetgeving impliceert immers meestal grotere vrijheid bij de uitvoering en de toepassing van de wet en heel vaak zijn het juristen, op wie die taak rust. De mate waarin de kwaliteit van wetten van belang is, is afhankelijk van de functie die een wet moet vervullen, en hetzelfde kan gezegd worden van de aard van de kwaliteiten van de wet, waar het op aankomt.

Juristen worstelen met een drievoudig structureel dilemma. Die drie dilemma's zijn nauw met elkaar verbonden. Het eerste dilemma is dat tussen rechtsregel en billijkheid in het concrete geval. Een regel die in het algemene geval verantwoord is, kan in het concrete geval wel eens tot vreemde resultaten leiden. Om in dat concrete geval een uitzondering toe te staan, zou, als de schijn van willekeur vermeden wil worden, wederom een beroep op een regel gedaan moeten worden en wel een regel van hoger niveau. Daarmee neemt echter de complexiteit van het regelsysteem toe en wordt het bovendien moeilijker om in een nieuw geval, waarin ook deze uitzonderingsregel niet helpt dan wel juist tot een ongewenste beslissing dwingt, toch weer een uitzondering te maken. Dit dilemma maakt het begrijpelijk, dat we in de rechtspraak zo vaak van die onbepaalde formules als 'in de gegeven omstandigheden' of 'in het onderhavige

geval' tegenkomen. Zulke formules suggereren een of andere niet-subjectieve maatstaf met behulp waarvan de gegeven omstandigheden op een voor de beslissing relevante wijze van andere omstandigheden zouden kunnen worden onderscheiden, zonder dat meestal de regel waaraan de maatstaf wordt ontleend, geëxpliciteerd wordt. Het dilemma leidt tot regelangst, angst voor overcomplexiteit en angst voor als gevolg van overcomplexiteit noch rationaliseerbaar, noch verheelbaar subjectivisme. Gegeven deze angst heeft in het bijzonder de rechter, die beslissingen geeft in niet-gestandaardiseerde individuele gevallen, behoefte aan ruime, vrij vage regels waarin het onderscheid tussen regeltoepassing en subjectivisme min of meer mistig kan blijven. Alleen als externe druk op de rechter wordt uitgeoefend om z'n beslissing nader te legitimeren, zal hij behoefte hebben aan uitvoerigere en preciezere regulering. Dat zal het geval zijn als zich georganiseerde belangengroepen gaan roeren. Het eerste dilemma wil ik het regel-uitzonderingsdilemma noemen.

Het tweede dilemma is als het ware het negatief van het eerste. Ik noem het het dilemma van de juridische anomie. Recht dient immers niet alleen de beslechting van individuele conflicten, maar het heeft ook een gedragsturende en oriënterende functie. Voor dat laatste is veelal juist een redelijke mate van volledigheid en precisie van regels gewenst. Met name waar het gaat om complexe vormen van sociale interactie, is de functie van recht niet primair de regulering van conflicten, als wel het mogelijk maken van een vlotte gang van zaken in het sociale verkeer, het aanbieden van vormen van sociale interactie door distributie van rechten en verantwoordelijkheden, het aangeven van procedures en het vastleggen van afspraken en beslissingen. Hoe complexer het sociale verkeer, des te gevarieerder en gestructureerder het recht moet worden. Hoewel conflicten in dit verband secundair zijn, is de wijze, waarop de rechtspraak conflicten oplost, toch van belang voor de stabiliteit en de vernieuwing van het regelsysteem. Zouden rechters zich wat al te veel vrijheden permitteren of vernieuwingen teweeg brengen, die niet goed aansluiten bij het bestaande, dan kan het blinde vertrouwen in de normale werking van het maatschappelijk verkeer worden aangetast. Met 'normale' werking bedoel ik overigens

niet: 'overeenkomstig de regels'. Rechtsregels worden in de praktijk natuurlijk regelmatig aan de laars gelapt. Dat is geen probleem, zolang men zich maar min of meer conformeert aan de informele regels van het sociale verkeer. Ook dan echter blijken rechtsregels veelal een soort 'reserve'-functie te vervullen, enerzijds voor andere doeleinden dan de door de wetgever beoogde, anderzijds voor het geval 'normale' verwachtingen niet uitkomen, bijvoorbeeld in geval van faillissementen of bij wijze van stok achter de deur, te gebruiken tegen diegenen die zich niet wensen te voegen naar de informele normen (7). Valt deze reservefunctie van het recht weg, dan kan het ook gedaan zijn met het vertrouwen in de informele orde. Er treedt een toestand van juridische anomie in. Behalve een gevolg van een tekort aan functionele regels, kan juridische anomie ook het gevolg zijn van overcomplexiteit van regels, door gebrek aan selectie of te tijdrovende selectie van regels als gevolg van te grote of inconsistente differentiatie en overlapping. Het dilemma van de juridische anomie is derhalve bepaald door het continue gevaar van onder- en overcomplexiteit.

Het derde dilemma sluit aan bij de eerste twee, maar beweegt zich in een ander dimensie namelijk die van de organisatie van de rechtsvorming en de rechtstoepassing. Toenemende complexiteit van de samenleving leidt onvermijdelijk tot meer specialisatie in de sociale controle. De specialist geraakt dan echter in het dilemma van professionaliteit en legitimiteit. Aan de ene kant is het de specialist die meent beter dan het grote publiek te kunnen bepalen wat goede regels zijn en hoe regels juist moeten worden toegepast. Aan de andere kant moet hij de afnemers van zijn beslissingen ervan kunnen overtuigen dat ze betere of althans geen slechtere waren geleverd krijgen met in plaats van zonder specialisten. Dit probleem wordt dringender, naarmate de sociale afstand tussen specialist en afnemers groter wordt. De legitimatie van de juridische specialist is - op het continent althans - sinds de vorming van de nationale staat niet meer de geheiligde traditie van het recht zelf, maar wordt ontleend aan de voorschriften van het staatsgezag ten aanzien van de geldende rechtsbronnen, waarbij de wet een steeds prominentere plaats heeft gekregen. De positie van de jurist



wordt daarmee echter wel zeer onaantrekkelijk. Hij wordt gereduceerd tot een soort instrument van de staatsmacht. Onder die omstandigheden ligt het voor de hand te verwachten, dat juristen zullen pogen een nieuwe basis te vinden voor grotere autonomie, c.q. een hogere sociale status. Die dwang zal in het bijzonder groot worden, als de politieke consensus gaat afbrokkelen, zoals in het laatste kwart van de vorige eeuw, toen de 'sociale kwestie' hoe langer hoe meer ging spelen.

In die periode waren er vier mogelijkheden voor een theoretische basis van grotere autonomie van juristen ten opzichte van de staat. De eerste was die in de vorm van quasi-sociologieën, dat wil zeggen de functionalisering van recht in termen van niet door de overheid, maar door de maatschappelijke ontwikkeling zelf gedicteerde factoren (bijvoorbeeld de sociaal-darwinistisch geïnspireerde 'Interessenjurisprudenz' van Jhering of, in ons land, de opvattingen van H.J. Hamaker). De tweede mogelijkheid waren psychologische theorieën over de oorsprong en werking van rechtsgevoelens (bijvoorbeeld de 'Freie Rechtsschule', in ons land bijvoorbeeld I.H. Hijmans en de Groningse school van G. Heymans (waartoe Polak, Kranenburg en enigszins ook Krabbe gerekend kunnen worden). De derde mogelijkheid waren existentialistische, religieus of natuurrechtelijke geïnspireerde waardefilosofiën (bijvoorbeeld Scholten, Dooyeweerd). De vierde mogelijkheid was analytische verwetenschappelijking, dat wil zeggen de ontwikkeling van structuurtheorieën en methodologieën (consistentie, coherentie en precisie), waardoor de willekeur van zowel wetgever als rechter zou kunnen worden beperkt (bijvoorbeeld Meijers, die deze benadering heeft verbonden heeft met een overigens weinig uitgewerkt utilitarisme).

De mogelijkheid van analytische verwetenschappelijking is echter weinig aantrekkelijk, doordat ze de jurist niet principeel ontdoet van zijn rol van knecht van de overheid. Rationalisering is immers een tweesnijdend zwaard. Weliswaar stelt het zekere grenzen aan de staatsmacht, maar het ontnemt ook autonomie aan de jurist, in het bijzonder aan de rechter die geconfronteerd wordt met concrete personen en partijen, waarbij het regel-uitzonderingsdilemma acuut kan worden (8).

Afhangelijk van de gekozen optie en de inhoud van de theorie zal het accent van de verdeling van de rechtsvorming anders liggen, hetzij bij de wetgever, hetzij bij de rechter. Voor de vierde mogelijkheid is het in een enigszins dynamische samenleving vrijwel onvermijdelijk, dat de rechtsvorming in hoofdzaak zal toekomen aan de wetgever en niet aan rechters. In de functionele zin van Ileden, die individuele conflicten beslechten op grond van officiële regels. De jurist kan in deze benadering alleen maar grenzen trekken dan wel reeds in het positieve recht gegeven lijnen verder door-trekken. Uiteraard kan de jurist wel pogen het wetgevingsproces te beïnvloeden door politici de voor- en nadelen van de diverse regeelingsopties voor te houden. Zijn positie is echter principieel die van een knecht, een technicus die geen zelfstandige, inhoudelijke invloed kan uitoefenen op de ontwikkeling van het recht. Dit laatste is natuurlijk een voor vele juristen weinig aantrekkelijke optie, een optie die niet correspondeert met het traditionele beroepsbeeld van de jurist (9). Deze optie is des te onaantrekkelijker, als de jurist meent dat de staat niet te vertrouwen is, dat wil zeggen niet de belangen dient van de sociale klasse, waar hij zich mee identificeert. Heel veel juristen hebben begrijpelijkerwijs de intrede van socialistische partijen in de politieke arena als een bedreiging van de politieke en sociale orde gezien.

#### 4 Het Nieuw Burgerlijk Wetboek als 'unzeltgemässes' verschijnsel.

Bezien we nu op globale wijze de privaatrechtsontwikkeling in deze eeuw, dan kan worden gesteld, dat terwijl de wetgevende activiteit van de overheid sterk is toegenomen, de rechtsleer z'n autonomie vooral gezocht heeft in het uitbaten en tegelijkertijd onbestemd laten van vage normen, door het werken met een nogal difuus billijkheidsbegrip en een toenemende mate van casuïstische rechtsvinding, dat wil zeggen het nemen van beslissingen van geval tot geval met een betrekkelijk geringe mate van rationalisering van de casuïstiek in termen van algemene leerstukken. Overigens moet hier natuurlijk worden opgemerkt, dat primair de wetgever verantwoorde-

lijk is voor deze ontwikkeling, in zoverre dat deze de rechter ook alle ruimte heeft gegeven voor betrekkelijk vrije rechtsvorming. Dit is deels het gevolg van politieke onmacht (bijvoorbeeld het stakingsrecht), deels van onverschilligheid ten opzichte van in politiek opzicht niet interessante onderwerpen, deels van onvermogen de casuïstiek van te voren te kunnen overzien. Ook zijn politici geneigd middels vage normen en kaderwetgeving tegemoet te komen aan politieke verlangens zonder dat men veel idee heeft over de verdere concretisering van zo'n wet of zelfs met de heimelijke hoop, dat de wet een dode letter blijft, maar wel als politiek compromis en als placebo voor de wensen van hun achterban kan dienen (symboolwetgeving).

Gezien vanuit de belangen van juristen is dit helemaal geen gek arrangement. Rechters zullen op deze wijze het nodige in de melk te brokkelen hebben, advocaten behoeven niet zo zeer rechtsgeleerd als wel retorisch begaafd te zijn, terwijl beleidsambtenaren een grote mate van ruimte krijgen tot rechtsvorming. Echte problemen ontstaan eigenlijk pas als het erom gaat om ingrijpende en omvangrijke wetswijzigingen in betrekkelijk hoog tempo door te voeren. Het tempo ervan kan aanzienlijk gedrukt worden door de moeilijkheid om het geldende recht te overzien, de problemen in het recht te localiseren en op te lossen en de potentiële problemen van nieuwe regels te identificeren, en dit alles nog geheel afgezien van een vaak groot gebrek aan kennis van het maatschappelijk terrein waarop de wetgeving moet gaan functioneren. Deze problemen worden versterkt door het feit, dat vele kwesties van wetgeving geen politieke actualiteitswaarde hebben, en dat het aantal juristen in de Tweede Kamer gering is. Natuurlijk is het zo dat het voorbereidende werk bij de wetgeving gedaan wordt door ambtenaren, die zich op het betreffende terrein meestal redelijk ingewerkt zullen hebben. Dit soort voorbereidend werk wordt echter vaak maar door één man of vrouw of slechts een heel klein groepje ambtenaren gedaan, en deze zijn bovendien sterk gebonden aan de politieke directieven die zij ontvangen. Het perspectief van waaruit zij wetgeving min of meer natuurlijkerwijs benaderen, is dat van de overheid en niet van de andere groepen van het maatschappelijk terrein waarop de wetgeving moet gaan functioneren.

Bezien we tegen de geschetste achtergrond de ontwikkeling van de privaatrechtsleer in deze eeuw, dan zien we het paradoxe fenomeen van een globaal steeds toegenomen rechterlijke vrijheid en een poging tot vernieuwing van dat recht in de vorm van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, een onderneming die nu al veertig jaar gaande is. Hoe is dit laatste nu verklaarbaar in het licht van bovenstaande analyse, waarin een dergelijke ontwikkeling niet past. Die vraag is des te klemmender, gezien het feit dat met de hercodificatie van het privaatrecht – in het bijzonder zoals die in 1947 werd opgevat – als zodanig toch nog geen grote maatschappelijke belangen en vernieuwingen gemoeld waren, die zouden kunnen rekenen op veel interesse van de kant van politici.

Deze vraag dringt te meer nu we weten wat er na de opdrachtverlening tot hercodificatie aan Meijers allemaal gebeurd is. Het NBW heeft een buitengewoon moelzame geschiedenis doorgemaakt en is door de nodige tegenslagen getroffen geweest. De glorie waarmee men er in 1947 aan begonnen is, lijkt volledig vergaan; geen beter bewijs daarvoor dan dat een half jaar geleden geen enkel juridisch tijdschrift het de moeite waard vond te memoreren dat 40 jaar geleden aan Meijers de opdracht verleend werd. Kennelijk is dat al een al te pijnlijke herinnering. Het kan ook verwonderen, dat de onderneming al die veertig jaren overleefd heeft. Gelijk bekend zijn er de nodige 'sabotage'-pogingen ondernomen.

De geschiedenis van het NBW is te algemeen bekend om haar hier te herhalen. Wat een *Via gloriosa* had moeten zijn, werd een *Via dolorosa*. Geen wonder, dat thans ook vele voorstanders van invoering van het NBW en ook vele voormalige medewerkers aan het NBW, menen dat men er achteraf gezien wellicht maar helemaal beter niet aan begonnen was. Dit niet zozeer, omdat het eindproduct er kwalitatief gezien niet zou mogen zijn, maar omdat het zo'n ongehoord langdurige en pijnlijke bevalling is geweest, die weliswaar de nodige juridische vooruitgang met zich meebrengt, maar voor de rechtspraktijk in het algemeen niet van erg ingrijpend belang zal zijn. Bovendien erkennen ook de voorstanders van de invoering, dat deze de nodige kosten en aanpassingsproblemen met zich mee zal brengen (10). Sommigen, zoals Snijders bijvoorbeeld, zien de lange duur van

het project echter juist als een voordeel, omdat hierdoor een veel groter deel van de maatschappelijke ontwikkeling door het NBW is 'meegenomen', er ample gelegenheid is geweest om over het ontwerp te discussiëren en het te verbeteren, terwijl er ook al een zekere gewinning aan het NBW heeft plaatsgevonden via de anticiperende interpretatie. Daar zit ongetwijfeld wat in, maar aan deze overwegingen zijn mijns inziens op zichzelf genomen ook bruikbaar als argumenten tegen hercodificatie en voor het door Van Dunné voorgestelde, aan de VS ontleende systeem van 'Restatement of the Law' (11). In dit verband zij ook gewezen op het nog onopgeloste probleem van wat er dient te gebeuren, als het NBW eenmaal is ingevoerd. Het mijns inziens verstandige idee van Meijers om het BW eens in de tien jaar bij te werken, is alleen uitvoerbaar indien de wetgevingsmachinerie op een andere wijze zou functioneren, een onderwerp waar ik later nog terug zal komen.

De stelling: 'We hadden er maar beter niet aan kunnen beginnen' is zo'n typische wijsheid achteraf. In 1947 was men in het algemeen zeer ingenomen met de plannen tot hercodificatie. Zelfs Pitlo, later een fel criticus van het NBW, stelt in 1954, als hij zijn eerste kritiek op het ontwerp-erfrecht formuleert, dat hij tegen hercodificatie op zichzelf niets in te brengen heeft. Zijn bezwaar is dat Meijers zich niet aan zijn opdracht gehouden zou hebben, namelijk een zuiver technische herziening (12). Men kan erover twisten of Meijers zich wel of niet aan zijn opdracht gehouden heeft, maar er kan evenzeer aan getwijfeld worden of de geschiedenis van het NBW erg anders zou zijn verlopen als Meijers zich wat meer had ingehouden wat betreft vernieuwingen. Andere critici van het NBW, zoals Schoordijk en Van Dunné, hebben immers betoogd, dat het NBW juist daarom bedenkelijk is, omdat het in sommige opzichten achter zou lopen bij de feitelijke ontwikkelingen in maatschappij en recht die zich na de Tweede Wereldoorlog hebben voorgedaan. Met andere woorden: had Meijers zich gehouden aan de opdracht van een zuiver technische herziening, dan was wellicht al gauw de kritiek gekomen dat de hercodificatie zou moeten worden aangegrepen om rechtsvernieuwend op te treden. Uiteindelijk was dat ook de tijdgeest van de naoorlogse periode: de samenleving moest grondig wor-

den vernieuwd, de oude sociale tegenstellingen moesten verdwijnen en de staat zou daarbij actief moeten optreden. Pitlo's kritiek op het erfrecht is bovendien niet van juridisch-technische aard, integendeel, hij is daarover in het algemeen vol lof, maar het zijn materiële vernieuwingen die hem tegenstaan, ook al erkent hij dat die in belangrijke mate aansluiten bij feltelijke ontwikkelingen in de familieverhoudingen. Wat met name voor hem en, naar men mag aannemen, in nog sterkere mate voor het notariaat steen des aanstoots was, was Meijers' voorstel een boedelrechter te introduceren waardoor vanzelfsprekend de staat meer greep zou krijgen op de afhandeling van erfenissen. Wat Pitlo ook sterk afkeurde, was de zijns inziens overdreven versterking van de positie van de overlevende echtgeno(o)t(e) ten koste van de andere legitimarissen, een kwestie waarover men het na veertig jaar nog steeds niet eens is, en wel omdat er binnen het notariaat zelf zeer verschillend over gedacht wordt, voornamelijk afhankelijk van het soort cliënten dat wordt bediend.

Hoe dan ook, Pitlo is pas na 1954 echt gaan uitpakken tegen het NBW en wel op een manier die reminiscenties oproept aan de argumenten tegen codificatie van het Duits privaatrecht, zoals Karl Friedrich von Savigny, de stichter van de Historische rechtsschool in 1814 naar voren bracht (13). Aan de ene kant het bezwaar dat codificatie zou leiden tot een breuk met het historisch gegroeide, aan de andere kant het bezwaar, dat de wetenschap op allerlei terreinen nog onderontwikkeld of volop in beweging is (14). Zo'n bezwaar gaat in een moderne samenleving natuurlijk altijd op. Aan de ontwikkeling van de rechtswetenschap komt nooit een eind en zelfs een wat langere rustperiode in de ontwikkeling is in een moderne samenleving nauwelijks waarschijnlijk. Pitlo koketteerde graag met reactionaire denkbeelden, zodat men bij hem dit soort argumenten nog wel verwachten kon, ook al geloof ik niet, dat hij zich ooit bewust geweest is van het feit, dat zijn voornaamste bezwaren al bij Von Savigny zijn aan te treffen (en de echo daarvan komt men in de privaatrechtsgeschiedenis van de negentiende en twintigste eeuw voortdurend tegen). Deze bezwaren kan men bijvoorbeeld ook beluisteren bij de enige nog resterende opponent tegen de invoering van het NBW

onder de hooggeleerde privatisten, Van Dunné (15). Van Dunné ziet zichzelf, wellicht terecht, als een progressieve geest. Mogelijk indiceren deze door Pitlo en Van Dunné gedeelde bezwaren daarom iets van het collectief onbewuste van de privatist.

## 5 De echo van Von Savigny.

De stelling 'Achteraf gezien hadden we er nooit aan moeten beginnen' zal ongetwijfeld vreemd in de oren klinken van de gemiddelde niet-jurist, voor wie ingrijpende veranderingen van wetgeving immers een heel normaal verschijnsel zijn geworden. Hoe is het toch mogelijk, zo zal de niet-jurist vragen, dat juristen zo opgewonden kunnen raken over een maatschappelijk betrekkelijk belangeloos gegeven als het algemeen deel van het vermogensrecht? De leek zal zich kunnen voorstellen, dat men zich kan opwinden over vernieuwingen in het personen-, familie- en erfrecht. Niettemin zal het voor hem niet goed te begrijpen zijn, dat men nog na veertig jaar discussie voert over kwesties van erfrecht, die in wezen politieke knopen zijn die door het parlement zouden moeten worden doorgehaakt. Waarom, zo zal de leek vragen, is herziening van privaatrecht zo iets fundamenteel anders dan herziening van veel andere wetgeving? Een overtuigend antwoord zou ik niet kunnen geven. Maar ja, ik kan op het terrein van het privaatrecht ook niet zo gek veel meer prestaties hebben dan de gemiddelde leek. Wat ik wel kan zeggen, is dat het de knollentuin van de jurist was en is. Ik laat nu het collectief onbewuste van de rechtgeaarde privatist spreken: afgezien van het strafrecht is privaatrecht heel iets anders dan alle andere soorten recht, waarop de recht geaarde privatist neerkijkt als op parvenu's. Het privaatrecht is het recht waar de wetgever eigenlijk niet aan mag komen, het is een zo fijnzinnig en eindeloos in de loop der eeuwen uitgespannen netwerk, dat hercodificatie tot een rampzalige breuk met de traditie zou leiden. Kleine behoedzame vernieuwing is nog wel aanvaardbaar, maar absoluut geen 'grosse Würfe' waarvan de consequenties niet te overzien zijn. Een hieraan parallel lopende kritiek is, dat privaatrecht wezenlijke casuïstiek is en dat rechtsvinding in het privaatrecht altijd rechtsvinding in

concreto is. Wetgeving in het privaatrecht is in deze visie vooral de neerslag van het in de casuïstiek ontwikkelde recht, het geeft er niet rechtstreeks vorm aan, maar legt het vast. Wat wel vorm geeft aan het privaatrecht zijn centrale ideeën als de autonomiegedachte, het vertrouwensbeginsel, de zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer, en de redelijkheid en billijkheid. Deze zijn echter als zodanig te vaag en moeten casuïstisch worden uitgewerkt. Op zichzelf kan het privaatrecht het zonder wettelijke regels stellen, zodra de casuïstiek rijk genoeg is. Daarbij heeft afwezigheid van wettelijke regels ook een voordeel, in die zin dat het recht zich soepeler kan aanpassen aan nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen.

De niet-jurist zal zich natuurlijk verbaasd afvragen waarom zo'n zelfde verhaal niet zou opgaan voor vele andere rechtsgebieden. De privatist zal hier wellicht op antwoorden, dat het daar altijd gaat om politieke verhoudingen, die niet vanuit 'natuurlijke' verhoudingen tussen mensen onderling, als gelijken in het maatschappelijk verkeer, te begrijpen zijn. Werpt men dan tegen, dat vele privatis-ten nu toch juist prat gaan op het sociale karakter van het moderne privaatrecht, waarin voortdurend de zwakkere partij beschermd wordt tegen de sterkere, dan zal de privatist betogen, dat er in het privaatrecht sprake is van een natuurlijke maatstaf waaraan de mate van de door het recht te compenseren ongelijkheid kan worden afgelezen. Die maatstaf ontbreekt aan het publiekrecht, doordat we daar te maken hebben met verhoudingen waarin sprake is van principiële ongelijkheid van partijen en van bijna altijd eenzijdige rechtsverhoudingen: de overheid vordert iets van de burger of omgekeerd, maar van wederkerigheid is zelden sprake.

Wat opvalt in het betoog van de privatist, is de ethisch-personalistische inslag ervan. Politieke motieven, maatschappelijke rationaliteit en efficiëntie lijken van ondergeschikt belang of worden geacht in het ethisch-personalistisch model als via een onzichtbare hand gerealiseerd te worden. Er is sprake van natuurlijke gelijkheid of althans van een natuurlijke maatstaf ter vaststelling van de condities van gelijkheid. Tegengeworpen zal wellicht worden, dat mijn weergave van het privatistische denken on-



volledig is, omdat de maatstaven van redelijkheid, billijkheid, vertrouwen e.d. ontleend worden aan de feitelijke gehuldigde opvattingen daaromtrent en niet aan een of andere filosofische maatstaf. Deze tegenwerping is deels terecht, maar deels ook weinig overtuigend. Verondersteld wordt namelijk, dat er een hoge mate van maatschappelijke consensus zou zijn over wat normaal en fatsoenlijk is. Dat lijkt echter gezien de pluriformiteit van de samenleving en het nog steeds toenemend individualisme, hoe langer hoe onwaarschijnlijker. Veel onderzoek naar de publieke opinie wordt er in de rechtspraak in ieder geval niet gedaan. Bovendien kan de vraag gesteld worden wanneer en waarom de publieke opinie gevolgd moet worden. Het beeld van het privaatrecht dat in de uitleg naar aanleiding van de vraag 'Waarom is het zolets bijzonders?' gegeven is, komt mij hopeloos romantisch en ouderwets voor. Het gaat uit van ideeën over natuurlijke ontwikkeling, gelijkheid en sociale harmonie, terwijl de sociale realiteit juist grote ongelijkheid, belangtegenstellingen en snelle veranderingen van de technische, economische en sociale verhoudingen te zien geeft. Bij dit alles komt dan nog het feit, dat ook de overheid zich regelmatig van privaatrecht bedient en dat in die verhouding beginselen een rol kunnen spelen die met het privaatrechtelijke denken op principieel gespannen voet staan. In feite zijn dat soort beginselen echter minder typisch voor de overheid dan wel gedacht wordt. Zodra er sprake is van grote verschillen in kennis, macht en bezit zullen wij in het vaarwater van de politiek terecht komen en kunnen wij met bespiegelingen over simpele intermenselijke verhoudingen niet veel verder komen. En zelfs als er geen sprake is van grote verschillen in kennis, macht en bezit kunnen maatschappelijke overwegingen in plaats van interpersoonlijke billijkheid, de doorslag geven. Laten we als voorbeeld het probleem van de keuze tussen risico- en schuld aansprakelijkheid nemen. Nederlandse juristen praten daarover in het algemeen in (quasi-)ethische termen. Die ethische benadering, die mogelijk 'recht' doet aan het individuele geval, kan echter onverenigbaar zijn met de efficiëntste oplossing voor de verdeling van risico's en aansprakelijkheid met het oog op een zo goedkoop mogelijke preventie en dekking van schade voor een hele

klasse van gevallen. Weigert men echter om aan een met het oog daarop vastgestelde regel met betrekking tot risico of aansprakelijkheid vast te houden in het concrete geval, omdat het daar zo onbillijk zou zijn, dan wordt de voorspelbaarheid van aansprakelijkheid en risico's een moeilijke opgave. Men zal zich (voor alle zekerheid) hoe dan ook verzekeren en andere preventieve maatregelen treffen, die achteraf overbodig of althans maatschappelijk gezien te duur zijn. Het betoog gericht op de stelling van het bijzonder karakter van privaatrecht is tenslotte ook daarom moeilijk aanvaardbaar, omdat uit onderzoek blijkt dat ook in processen meestal financieel krachtige, goed georganiseerde eisers staan tegenover financieel weinig sterke individuen (16). Deze laatsten hebben meestal veel meer aan harde, duidelijke regels dan aan boterzacht quasi-ethisch recht, dat door financieel en organisatorisch krachtiger partijen in het algemeen beter beïnvloed kan worden (17).

Exit, wat mij betreft althans, het verhaal over het bijzonder karakter van het privaatrecht, dat ontwikkeling door wetgeving op grote schaal niet goed zou verdragen. Mijn schets van het collectief onbewuste van de privatist, is vanzelfsprekend een karikatuur, als men zou menen, dat er privatisten zijn die konsekvent aan deze opvattingen vasthouden. Maar elementen ervan komt men zeer geregeld tegen, bijvoorbeeld bij een over codificatie overigens zeer genuanceerd denkend figuur als Schoordijk. Tegen Meijers' betoog voor een herziening van het verbintenissenrecht verwijst hij met instemming naar Scholten: 'Aan een codificatie dient grondige studie vooraf te gaan. Een modern boek over verbintenissenrecht moet nog geschreven worden' (18). Merkwaardig genoeg vond Scholten echter juist het verbintenissenrecht wel rijp voor codificatie. Scholten wordt in zoverre dan ook door Schoordijk bekritiseerd.

De commotie rond het NBW is mijns inziens in belangrijke mate te verklaren op grond van het simpele feit, dat het onderwerpen betreft waar zowel de belangrijke juridische beroepsgroepen als de rechtsgeleerden, traditioneel veel aandacht aan besteden. Het is een prachtig strijdperk voor intellectuele en ideologische geschillen vermengd met banale belangentegenstellingen, alles met de sug-

gestie – vanzelfsprekend – dat het om maatschappelijk buitengewoon belangrijke zaken gaat. Ik kan in dit verband niet nalaten hier een mijns inziens bescheiden en realistische mondelinge uitspraak van Hartkamp weer te geven, die ik gevraagd heb naar zijn opvattingen over het nut van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Hij antwoordde daarop dat hij het voornamelijk zag als het 'het opruimen van de juridische gereedschapskist', hoewel dit natuurlijk ook een 'understatement' is van de auteur van de regeling van de algemene voorwaarden. Als algemene typering van het recht aan het NBW lijkt het mij echter wel redelijk op zijn plaats.

Een deel van de weerstand tegen het NBW komt mijns inziens eenvoudig voort uit het feit, dat men geen behoefte heeft aan opruiming van de gereedschapskist. Om duidelijk te maken waarom dat zoveel weerstand kan oproepen, wil ik de volgende vergelijking maken. Sommige mensen hebben een onuitroeibare neiging al werkend een gigantische rotzool in hun studeerkamer te creëren. Meijers, een buitengewoon systematische geest, behoorde tot dat type. Meijers kon zich die luxe permitteren, want hij kon feilloos uit de door hem geschapen chaos ieder gewenst paperasje trekken, één van zijn vele in mijn ogen zeer benijdenswaardige eigenschappen. Stel nu dat iemand anders opruiming houdt in een dergelijk kamer en alles keurig op eventueel nog intelligent geordende stapeltjes legt, dan is de ellende vooralsnog niet te overzien. De oude chaos waarmee men zo vertrouwd was (Scholten noemde het BW 'een oud vertrouwd huis'), is vervangen door een vooralsnog onbekende orde. Geen wonder dat men ach en wee zal roepen over de onzekerheid die ontstaat bij de invoering van het NBW. Is die gedachte dan zo uit de lucht gegrepen? Ja en nee. Discussies over problemen met het NBW gaan in het huidige stadium eigenlijk nog zelden over kwesties, die naar huidig recht wel duidelijk liggen, maar in het NBW niet. Wel is het zo, dat het NBW vele nieuwe vragen oproept, waaraan eerder zelfs niet gedacht is. Tegenstanders van het NBW suggereren uiteraard, dat advocaten staan te trappelen van verlangen om over die kwesties processen te gaan voeren (19). Dat lijkt mij vrij onwaarschijnlijk, al was het maar omdat partijen in het algemeen niet geïnteresseerd zijn in de beslechting van juridische disputen,

maar alleen in de gevolgen van de uitslag ervan. Om die reden zullen ze conflicten over onvoorspelbare aflopende rechtskwesties in het algemeen zoveel mogelijk vermijden. Voorzover er echter nieuwe rechtsproblemen op de rechterstafel zullen worden gepresenteerd, is dat geenszins alleen negatief te waarderen. Dit kan immers zeer stimulerend zijn voor de rechtsontwikkeling. De schepping van nieuwe rechtsvragen door hercodificatie kan geenszins alleen als een nadeel ervan worden beschouwd (20).

Een heel andere vraag waarover ik mij vooralsnog bij gebrek aan deskundigheid geen oordeel kan permitteren, is het of het NBW, zoals het zich in de loop van de vele tientallen jaren ontwikkeld heeft, wel zo'n geslaagd product van wetgeving genoemd kan worden of anders geformuleerd, of de gereedschapskist wel op een zo verstandige manier is opgeruimd. Dat is een kwestie, die echter losstaat van de vraag of een hercodificatie van privaatrecht op zich genomen wenselijk, zinvol en uitvoerbaar kan zijn. Zelfs als dat zo is, dan hebben we daarmee nog steeds niet verklaard hoe het in 1947 tot de opdracht tot hercodificatie aan Meijers is gekomen. Dat was immers om eerder uiteengezette redenen een onwaarschijnlijke gebeurtenis in het licht van de globale rechtsontwikkeling op het terrein van het privaatrecht.

## 6 Het ontstaan van het NBW als een samenloop van omstandigheden.

Waarom werd in 1947 aan Meijers de opdracht tot hercodificatie verleend? Er zijn drie vragen:

- 1 Waarom was Meijers zo geïnteresseerd in hercodificatie?
- 2 Waarom was de politiek bereid om op dat moment de opdracht te verlenen?
- 3 Waarom heeft de hercodificatie zo vreselijk veel tijd in beslag genomen?

Over deze laatste vraag wil ik maar heel weinig zeggen. Het is een van de belangrijke vragen die onderdeel is van een onderzoek over ontstaan en ontwikkeling van het Nieuw Burgerlijk Wetboek waaraan ik ruim een jaar geleden mee begonnen ben, daartoe in staat gesteld

doordat de faculteit mij een onderzoeksmedewerker ter beschikking heeft gesteld en het Ministerie van Justitie z'n zeer gewaardeerde medewerking heeft verleend.

De verlening van de opdracht tot hercodificatie aan Meijers in 1947 is in zoverre merkwaardig, dat op dat moment het hele land nog min of meer op zijn gat lag als gevolg van de Tweede Wereldoorlog. Hoe kwam men er bij om op dat moment een opdracht te geven voor iets dat van uit het gezichtspunt van de wederopbouw van de samenleving op een nieuwe grondslag toch niet al te veel om het lijf zou kunnen hebben, een opdracht bovendien die uitdrukkelijk een eerder technisch-juridisch karakter had? De verlening van de opdracht kan ook verbazingwekkend genoemd worden in het licht van het feit, dat tot vóór de oorlog de gedachte van een algemene hercodificatie geen brede ondersteuning genoten had. Daarbij moet overigens aangetekend worden, dat het gangbare beeld dat men tot aan de Tweede Wereldoorlog van algehele hercodificatie niets wilde weten, met uitzondering van Meijers, zeer overdreven is. Meijers zelf heeft over dat onderwerp geschreven in het Gedenkboek BW en mijn medewerker mr. E. Florijn, zal ijs en weder dienende, over enige tijd een publicatie over dit onderwerp het licht doen zien (21).

Het lijn van de achtergronden van de opdrachtverlening weet ik na een groot aantal interviews met mensen die bij het ontstaan en de ontwikkeling van het NBW betrokkenen zijn geweest, nog steeds niet. Wiersma beweert (22) dat het lid van de Eerste Kamer, de VVD-er Zegering-Hadders, die de vragen gesteld heeft naar aanleiding waarvan minister van Justitie Van Maarseveen in welwillende overweging nam om Meijers de opdracht te verlenen, hem verteld heeft dat zijn fractiegenoot Molenaar, die normaliter de woordvoerder voor Justitie was voor de VVD, hem tevoren een drietal onderwerpen had opgegeven, waarvan hij naar gelang er tijd voor was een of meer ter sprake zou kunnen brengen. Zegering-Hadders had toen besloten om uitsluitend de vraag te stellen omtrent de wenselijkheid van de herziening van het NBW, omdat die hem de belangrijkste leek. Ook Zegering-Hadders was, zo Wiersma, zeer verrast geweest dat de minister direct zo positief daarop reageerde. Wiersma voegt daaraan

toe, dat Zegering-Hadders over voorafgaand overleg tussen de minister en zijn fractiegenoot Molenaar niets bekend was. Wiersma verklaart de verlening van de opdracht als volgt. In de eerste plaats wijst hij erop dat het bevrijdingsoptimisme nog niet helemaal voorbij was en dat de tijd daarom gunstig was voor vernieuwingen, vooral als die niet direct grote uitgaven zouden meebrengen. Voor Justitie was het toen bovendien een zware tijd door de algemene onvrede over de bijzondere rechtspraak. Geen wonder, aldus Wiersma, dat de minister graag inging op een zo positief en zo onverdacht vernieuwing brengend voorstel. Het NBW had derhalve, als we Wiersma mogen geloven, een zekere symbolische betekenis van een nieuw begin buiten de strikte context van het privaatrecht. Die symbolische betekenis werd volgens Wiersma versterkt door het feit, dat de opdracht aan Meijers verleend werd. De gebeurtenissen rond het ontslag van Meijers in 1940 en zijn behouden terugkeer uit de concentratiekampen, hadden Meijers namelijk een bekendheid gegeven bij het grote publiek. Hij symboliseerde tot op zekere hoogte persoonlijk het verzet tegen en de overwinning op de Duitsers. Een andere mogelijke factor, die met de oorlog verband houdt, wordt door Wiersma niet direct genoemd. Meijers schijnt net als zijn medewerker J. Drion, die een vooraanstaande rol in het verzet gespeeld had, een 'hard-liner' geweest te zijn wat betreft zijn standpunt over de bijzondere rechtspraak en zij schijnen dat ook niet onder stoelen of banken gestoken te hebben. Mogelijk hoopte men in Den Haag dat de verlening van de opdracht tot hercodificatie ertoe kon leiden, dat Meijers het ministerie wat minder op de huld zou gaan zitten in verband met de bijzondere rechtspraak (23).

Een factor waar Wiersma wel op wijst, is het feit dat Meijers al heel lang voor hercodificatie gepleit had, dat hij een grote internationale wetenschappelijke reputatie genoot en over een enorme historische en rechtsvergelijkende kennis beschikte. De goedkoopte van de onderneming hing daar nauw mee samen. Meijers nam de taak immers geheel alleen op zich. Het enige wat het Ministerie zou bekostigen was een secretaresse en het vervoer van Meijers tussen Leiden en Den Haag. Tenslotte wijst Wiersma ter verklaring van de verlening van de opdracht op het feit, dat men destijds de omvang

van de onderneming sterk onderschat heeft. Mede gezien zijn leeftijd is het aannemelijk dat Meijers gedacht moet hebben de klus in weinig meer dan tien jaren te kunnen klaren. Overigens kan men er over speculeren of Meijers, als hij langere tijd van leven had gehad, er niet in geslaagd zou zijn de hele zaak in maximaal 15 jaar geheel af te ronden. Bij zijn overlijden in juni 1954 waren de ontwerpen van de eerste vier boeken gepubliceerd, boek vijf was eveneens voltooid, terwijl de teksten van de andere boeken grotendeels gereed waren, met uitzondering van boek acht, dat hij had uitbesteed aan de subcommissie Handelsrecht van de Staatscommissie voor de Burgerlijke Wetgeving. Gesteld dat Meijers verder had kunnen blijven optreden als regeringscommissaris, dan zou de weerstand in het parlement vermoedelijk aanzienlijk geringer geweest zijn dankzij Meijers' grote gezag. Of het resultaat dan erg bevredigend zou zijn geweest, daarover zullen met name de latere bewerkers van het NBW zeker hun twijfels hebben, maar dat is een andere kwestie dan de vraag of Meijers nu werkelijk zo vreselijk veel te optimistisch geweest is.

Wat Wiersma merkwaardig genoeg niet vermeldt, is dat Molenaar, die zich door Zegering-Hadders liet vervangen, hoogleraar arbeidsrecht te Leiden was, dus een directe collega van Meijers. Het is daarom interessant om na te gaan hoe de directe omgeving van Meijers te Leiden de verlening van de opdracht aan Meijers gezien heeft. Meijers' vriend en voormalige Amsterdamse huisgenoot Van Oven, deelt mee dat hij zich meent te herinneren dat Meijers al vóór 1910 een schriftje bijhield met aantekeningen voor een NBW (24). Cleveringa verwijst (25) naar deze opmerking van Van Oven, waarvoor ik overigens nergens een bevestiging voor heb kunnen vinden, en voegt daaraan toe, dat Meijers bij die aantekening 'niet enkel om de rechtsverbetering (ging), maar mede om de mogelijkheid van edelen roem en wereldinvloed van Nederland welke hij erin zag wijzend op wat Frankrijk met zijn Code Civil hiaraan had gewonnen en voorts op de lokkende en loffelijke voorbeelden van Zwitserland en de Scandinavische landen. Niet slechts om zijn kunde maar mede om deze met volharding uitgedragen overtuiging is het terecht geweest, dat men juist hem de stift heeft toevertrouwd waarmee de nieuwe geboden

in wetstafelen zouden worden gegrift.' Deze hoogdravende toevoeging ontleende Cleveringa niet aan Van Oven. Wellicht echter wel aan de rede die Meijers in 1922 als voorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging gehouden heeft over 'de verhouding tussen rechter en wetgever bij de rechtsvorming' (26). Daarin zegt hij: 'Kleine landen kunnen zich even goed als de machtigste staten door de voortreffelijkheid van hun recht onderscheiden. Maar als men plotseling op het gebied van het recht een staat als Zwitserland naar voren treden ziet, dan neemt het die leiding niet door zijn rechtspraak, maar door de verjonging van zijn wetgeving. Op gelijke wijze zijn thans de Scandinavische landen bezig, door in gemeenschappelijke wetten het ganse burgerlijke recht opnieuw te regelen, zich een plaats in de Europese rechtswetenschap te veroveren die het voordien nooit gehad heeft.' Men hoeft er mijns inziens niet aan te twijfelen dat Meijers zich bewust was van zijn rang als internationaal rechtsgeleerde en dat hij de hoop koesterde dat een NBW hem op gelijke voet van beroemdheid (27) zou kunnen brengen met iemand als de codificator van het Zwitsers privaatrecht, Huber.

Interessant in verband met Meijers' bewering dat kleine landen zich even goed als de machtigste staten door de voortreffelijkheid van hun recht kunnen onderscheiden, is dat hier een idee wordt aangesproken dat ook is aan te treffen bij een andere grote Leidenaar uit deze eeuw, die wellicht nog eerder dan Paul Scholten en wellicht ook als evenknie van Meijers tot de grootste van onze juristen gerekend kan worden. Ik heb het hier over Van Vollenhoven, met wie Meijers goed bevriend is geweest. Van Vollenhoven, over wie ik elders geschreven heb (28), had eveneens het idee dat hij via de rechtswetenschap iets zou kunnen doen aan het herstel van Nederlands zeventiende eeuwse glorie. Van Vollenhoven heeft zich erg ingespannen om, zoals hij het noemde, 'het idee van Grotius' te realiseren, dat wil zeggen de uitbanning van de aanvalsoorlog en wel door te streven naar de totstandkoming van verdragen ter oprichting van een Internationale vredesmacht. Ook Van Vollenhovens indrukwekkende werk over het adatrecht stond in het teken van de inlossing van een historische verplichting, 'de ereschuld' van de koloniale wantoestanden in Nederlands-Indië aangericht, die hij alsnog hoopte te



kunnen corrigeren in de richting van een 'happy end' van geleidelijke ontvoogding en verzelfstandiging. Ook Meijers heeft een buitengewoon grote bewondering en belangstelling gehad voor Grotius. Al in zijn proefschrift van 1903 noemt hij Hugo de Groot (pag. 130) 'het schitterend vernuft dat het eerste natuurrecht los van scholastische opvattingen ontwikkeld heeft'. In het boek van Meijers advocate tijdens de oorlog, Mw. Van Thallingen-Dols, 'De strijd om een mensenleven', is op te maken dat Meijers zich nog tijdens zijn Internerling in Barneveld heeft bezig gehouden met Hugo de Groot. Meijers' collega Van Eysinga, die als zijn vertrouwensman optrad, beveelt haar namelijk aan bij haar bezoek aan Meijers in Barneveld zijn verschillende edities van Grotius aldaar te bewonderen (29). Na de oorlog heeft Meijers samen met zijn collega Fisher en de Zweed Dovring, de ontdekker van het Lundse handschrift, de Inleiding tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid opnieuw uitgegeven. Meijers vond daarvoor kennelijk nog tijd naast zijn werk aan het ontwerp van het NBW.

Deze speculaties over romantische motieven bij leden van de Leidse juridische faculteit zouden nog aardiger zijn, als er invloeden van Hugo de Groot te bespeuren zouden zijn in het NBW. De Smidt heeft aan die vraag een beschouwing gewijd (30) en hij vond inderdaad een aantal interessante, zij het schaarse sporen van De Groot in het NBW die overigens niet van erg fundamentele betekenis zijn. Meijers vermeldt in zijn Algemene Inleiding (pag. 16) van zijn ontwerp-NBW, dat de Indeling in zaken- en verbintenissenrecht ontleend is aan Hugo de Groot. Daaraan kan er echter niet al te veel betekenis hechten, omdat zoals Meijers zelf zegt, dit onderscheid al bepalend was voor het huidige Burgerlijk Wetboek. Oly (31) heeft gewezen op het feit, dat Meijers de term 'goederen' in dezelfde betekenis heeft gebruikt als Hugo de Groot en wel als algemene aanduiding van vermogensbestanddelen. De term 'zaak' echter heeft Meijers duidelijk niet overgenomen van Hugo de Groot, omdat hij grote bezwaren had tegen diens onderscheid van lichamelijke en onlichamelijke zaken. Meijers zo aanstootgevende omdraaiing van de terminologie van 'zaken' en 'goederen' heeft dus niettemin gedeeltelijk een eerbiedwaardige historische achtergrond!

Wat er ook zij van onze hypothese over Leidse romantiek in relatie tot De Groot, Meijers als persoon past er uitstekend in. Was hij immers niet zelf in ballingschap geweest en symboliseerde de oorlogsgeschiedenis rond zijn persoon niet Hollands weerstands- en wederopstandingsvermogen, alsmede de bereidheid van een wezenlijk liberaal denkend land zich te verzetten tegen tirannie en racisme? In dit verband krijgt ook een overigens al even speculatief artikel van Boukema (32) enig reliëf, waarin hij suggereert dat Meijers juridisch denken in sterke mate geïnspireerd zou zijn geweest door de filosofie van Spinoza. Spinoza hoorde tot hetzelfde 'vrijzinnig' ingestelde kamp in de tegenstellingen in de Republiek der Verenigde Nederlanden als Hugo de Groot.

## 7 Meijers: een miskend erkend genie.

Als U in mijn speculaties over verborgen motieven achter de ambities van Meijers en zijn omgeving in relatie tot het NBW, besluitert dat ik die ambities alleen maar zie als uiting van groothedswaanzin, dan heeft U het mis. Zelfs al zouden mijn speculaties een grond van waarheid hebben, wat dan nog? Zoals Talleyrand reeds zei: 'de la grandeur au ridicule, ça n'est qu'un pas'. Waarom zou iemand die beseft een groot rechtsgeleerde te zijn bescheiden moeten zijn in zijn ambities? Ik kan Meijers prestaties uiteraard alleen maar in zeer beperkte mate beoordelen. De studie van zijn methodologische geschriften heeft mij echter ervan overtuigd, dat Meijers, geplaatst in zijn tijd, inderdaad een genie kan worden genoemd. Een uitvoerige verdediging van die conclusie, kan ik hier niet geven en ik verwijls daarvoor nogmaals naar een latere publicatie. Een oppervlakkige indruk van het genie van Meijers krijgt U overigens door de nagedachtenisrede van Cleveringa te lezen. Het hoogst merkwaardige is nu echter, dat het genie van Meijers tijdens zijn leven weliswaar werd erkend, maar kennelijk toch maar in beperkte mate begrepen. Zo schrijft Langemeijer in 1950: 'Over weinig dingen, misschien over niets anders, zullen Nederlandse juristen het zo gemakkelijk eens zijn als daarover, dat Meijers onder hen de

eerste is', maar 'zouden wel vele van hen kunnen aanwijzen waarin juist zijn onvergelijke betekenis is gelegen?'. Ruim 25 jaar later blijken 'Acht civilisten in burger' - ik verwijz nu naar de bijzonder interessante gelijknamige jubileumbundel van het Nederlands Juristenblad van 1977 - op die vraag nog steeds geen antwoord te kunnen geven. Dit is des te opvallender aangezien vijf van die acht civilisten bij Meijers gepromoveerd zijn. Eén van hen is Langemeijer zelf, die zich in 1977 als volgt uitlaat: 'Ik was als leerling niet zo vreselijk geïmponeerd door Meijers, maar een gevoel van teleurstelling heb ik er niet bij gehad. Ik ben doodeenvoudig braaf blijven geloven: hij zal inderdaad wel zo knap zijn als iedereen zegt'. Met de hem typerende bescheldendheid voegt hij daar dan nog aan toe: 'Nog op dit ogenblik ben ik ervan overtuigd dat het eenvoudig aan mij ligt dat ik zijn grootheid niet heb gezien. Absoluut! Ik heb nog altijd geen neiging om te denken dat ik Meijers doorzien heb en de andere mensen hem te hoog hebben gesteld, helemaal niet. Ik denk eenvoudig dat het een soort grootheid was waar ik weinig orgaan voor had'. Opvallend is dat ook geen van de andere vier civilisten die bij Meijers gepromoveerd zijn veel meer positiefs over Meijers weten te zeggen dan dat hij zo veelzijdig was, een buitengewoon scherp verstand en geheugen had en over een fantastische werkkraft beschikte. Ik vrees dat ik Langemeijer gelijk moet geven in zijn zelfobservatie, en dat hij mogelijk inderdaad weinig orgaan had voor het soort grootheid dat Meijers eigen was. Langemeijer had eerder, in zijn recensies van Meijers' methodologische geschriften in 1950 en 1958 (33) wel degelijk onderkend dat Meijers' dissertatie van 1903 een hoogst origineel en radicaal démasqué was van de in het bijzonder door de jongere Jhering gepropageerde gedachte, dat de begripsanalyse in de rechtsdogmatiek op zichzelf voldoende zou kunnen zijn om op productieve wijze nieuwe rechtsvoorschriften af te leiden ('Begriffsjurisprudenz'). 'Het is de moeite waard' zegt Langemeijer in 1958, 'dit alles in Meijers' dissertatie die na een halve eeuw zo weinig dateert, te herlezen .... Wat treft is dan ook de met een voor Meijers karakteristieke herhaling telkens weer naar voren tredende afwijzing van theorieën die aan het recht en als het ware spontane, een 'organische' ont-

wikkeling willen toeschrijven'. Vervolgens maakt Langemeijer een opmerking, die toch zeer tot nadenken zou hebben moeten stemmen: 'Een principiële tegenstelling zal men hier ook kunnen zien met zijn vriend en medewerker op tal van gebieden, met wie hij steeds zo weinig mogelijk heeft gepolemiseerd, met Scholten'. Kennelijk is de gedachte dat Scholten zich nog niet zou hebben losgemaakt van het negentiende eeuwse rechtspositivisme voor Langemeijer zelf wat al te gewaagd, want hij voegt er onmiddellijk aan toe: 'Zo zeer als dit nalaten van polemiek van beide zijden een uiting van fijn gevoel geweest is, zo zeer is het voor onze wetenschap te betreuren. De tegenstelling in beginsel, die men tussen Meijers en Scholten zou kunnen vinden, schijnt niet onverzoenlijk maar zeker kan men het gevoel hebben, dat het probleem hetwelk aan het licht zou komen indien men haar scherp zou stellen, een uitgangspunt voor vruchtbare methodische onderzoekingen zou kunnen zijn'.

De door Langemeijer bepleite scherpstelling en het vruchtbare onderzoek is echter uitgebleven, met een gedeeltelijke uitzondering. Drion heeft namelijk in 1975 (34) naar aanleiding van het zojuist weergegeven citaat en wat hij noemt 'de karikatuur die Van Dunné van het denken van Meijers heeft gemaakt', namelijk 'als de meest typische exponent van een puur legalisme', een vergelijkend onderzoek gedaan naar de wijze waarop beide juristen hebben gereageerd op de bekendste gevallen van in deze eeuw gerealiseerde of verdedigde creatieve rechtspraak op het gebied van het privaatrecht. Drion komt tot de volgende conclusie: 'Wat betreft de ruime leer van de onrechtmatige daad, van de goede trouw en het contractenrecht, van de natuurlijke verbintenissen zowel als wat betreft de aanvaarding van een algemene verrijkingsactie voor het geldende recht, stonden Scholten en Meijers aan dezelfde kant. Inzake de fiduciaire eigendomsoverdracht laat Scholten de aangenomen maatschappelijke behoeften de doorslag geven nu de letter van de wet dat toelaat, terwijl Meijers hier de geest van de wet zwaarder laat wegen. Tenslotte staat Meijers op het gebied van het misbruik van eigendomsrecht een ruimere opvatting voor dan Scholten'. Drions conclusie is in meer dan één opzicht interessant. In de eerste plaats, omdat blijkt dat Meijers methodologische opvattingen per

saldo niet meer of minder ruimte bieden aan de rechter dan die van Scholten, zij het dat hun opvattingen niet altijd tot dezelfde resultaten zullen leiden. In de tweede plaats is het interessant te zien dat Scholten in het geval van de fiduciaire eigendom kennelijk veel betekenis hecht aan de letter van de wet in zoverre deze niet in strijd is met de door hem onderkende maatschappelijke behoeften, terwijl Meijers een legist genoemd zou kunnen worden in die zin, dat voor hem de bedoeling van de wetgever van doorslaggevende betekenis is, maar wel een legist, voor wie niet de letter van de wet, maar de teleologie ervan doorslaggevend is. Bovendien, zo wil ik daaraan toevoegen, is het geenszins zo, dat men hieruit een grotere gezagsgetrouwheid van Meijers in vergelijking tot Scholten mag afleiden. De gehechtheid aan de letter van de wet kan bij Scholten namelijk niet alleen interpretatie-verruimend werken. In het 'Algemeen deel' wil Scholten bij dwingend recht meer gezag toekennen aan de letter van de wet, omdat 'het gezag hier met klem spreekt' (35). Voor een groter gewicht van de grammaticale interpretatie in geval van dwingend recht, zou de rechtszekerheid, dat wil zeggen de bescherming van de burger, een goed argument zijn. Maar dat is niet het motief voor Scholtens opvatting, want die wil zonder meer het gezag respecteren. Kennelijk was Scholten anders dan Meijers van mening dat het gezag meer wordt gerespecteerd door zich aan de letter van de wet te houden in plaats van aan het doel ervan. Hierbij komt, en dat is het derde punt van belang, dat uit het verschil van mening tussen Scholten en Meijers ten aanzien van het misbruik van recht blijkt, dat Meijers een meer objectiverende benadering voorstaat van wat onder de bedoeling van de wetgever of de strekking van de wet verstaan moet worden. Scholten eist namelijk voor misbruik van eigendomsrecht, dat naast het ontbreken van een redelijk belang opzet tot benadeling bestaat, terwijl Meijers ook misbruik wil aannemen, telkens wanneer een te grote onevenredigheid bestaat tussen het persoonlijke belang dat men dient en het belang van een ander, dat geschaad wordt. Drion werpt vervolgens terecht de vraag op, of eventueel gesteld zou kunnen worden dat Meijers in zijn praktisch rechtsdogmatisch werk in felte als een aanhanger van Scholtens rechtsvindingsleer te werk ging.

Drion beantwoordt die vraag – terecht naar mijn mening – ontken-  
nend. Hij typeert het verschil tussen Scholten en Meijers als  
volgt: 'Men zal van Scholten kunnen zeggen dat hij bij rechtsvor-  
ming, dus bij de ontwikkeling van het recht, hoofdzakelijk denkt  
aan rechtsvorming door de rechter, terwijl door Meijers rechtsvor-  
ming omvat zowel de ontwikkeling van het recht door rechtspraak als  
de legislatieve rechtsvorming. Dat betekent dat voor Meijers in  
geval van een gewenste rechtsontwikkeling, veel sterker dan bij  
Scholten, telkens de vraag opkomt of in het gegeven geval de  
rechtsvorming aan de rechter kan worden overgelaten dan wel dat zij  
liever aan de wetgever moet worden toevertrouwd'. Ik ben dat geheel  
eens met Drion, maar niettemin roept dit de vraag op of en in hoe-  
verre de positie van Meijers dan wel die van Scholten op grond van  
zuiver methodologische inzichten gerechtvaardigd is. Die kwestie  
laat Drion eigenlijk buiten beschouwing. Hij neigt ertoe te stellen  
dat er sprake is van een 'kunstmatig geschapen tegenstelling'. De  
tegenstelling is ongetwijfeld geweldig opgeklopt en wel op een ma-  
nier die een bijna omgekeerd beeld geeft van de werkelijke methodo-  
logische tegenstelling tussen Meijers en Scholten. Die tegenstel-  
ling is echter geenszins kunstmatig, zelfs al liepen Meijers en  
Scholten qua praktische uitkomsten in hun positiefrechtelijke be-  
schouwingen, niet ver uiteen! In de reeds aangekondigde publicatie  
zal ik dat pogen aan te tonen. De vergelijking Meijers-Scholten zal  
daar duidelijk ten gunste van Meijers blijken uit te vallen en een  
bevestiging zijn van Langemeijers suggestie, dat Scholten in metho-  
dologisch denken nog half in de negentiende eeuw stond. Scholtens  
anti-legisme kan bovendien, anders dan dat van Meijers dertig jaar  
eerder, aangemerkt worden als een schijngevecht, omdat het fenomeen  
waartegen hij zich keerde, al nauwelijks meer bestond (36) .

Waarom refereert Drion met zijn stelling van een 'kunstmatige'  
tegenstelling. Volgens Drion houdt de tegenstelling van Scholten  
contra Meijers nauw verband met een andere: de tegenstelling van  
een 'Amsterdamse school' tegenover een 'Leidse school'. Omdat ik in  
de Amsterdamse school in de leer ben gegaan, kan ik bevestigen dat  
er in Amsterdam door Pitlo en zijn aanhang een soort vriend/vijand-  
beeld werd opgehangen tussen de progressief geachte Amsterdamse

opvattingen, waarvan de oorsprong bij Scholten gelocaliseerd werd en de formalistisch-legistische opvattingen die geacht werden weinig te tieren in Leiden en die met name bij Meijers hun oorsprong zouden vinden. Zonder mij nu voor deze Amsterdamse misvatting verantwoordelijk te voelen, is het voor mij een buitengewoon intellectueel genoegen om niet alleen bij te dragen aan de vernietiging van het idee, dat er sprake is geweest van een 'modern' Amsterdams rechtsdenken en een 'achterlijk' legisme in Leiden, maar om de spits in felte om te draaien. Naar mijn inzicht was eerder Scholten een legist dan Meijers. Zoals gezegd zal ik die stelling in deze openbare les nauwelijks verder onderbouwen, maar bij leven en welzijn zal ik de gecorrigeerde balans binnenkort presenteren.

Hier zal ik nu aandacht besteden aan de vraag hoe het scheve, ja omgekeerde beeld omtrent de verhouding van het methodologisch denken van Scholten en Meijers heeft kunnen ontstaan. In die context moeten wij namelijk inderdaad de controverse tussen de Amsterdamse en de Leidse school plaatsen en gedeeltelijk ook de controverses rond het NBW. Dat laatste ligt ook voor de hand, aangezien vanuit de 'Amsterdamse visie' de hercodificatiepoging gezien werd als een anti-Scholteniaanse poging tot neolegisme van de kant van Leiden onder leiding van Meijers. Gelijk bekend was Scholten een tegenstander, zij het ook geen felle tegenstander, van algehele hercodificatie. De oorsprong van de tegenstelling Leiden-Amsterdam en de daaruit voortvloeiende vertekening van de verhouding tussen Meijers en Scholten, heeft heel weinig uit te staan met hun theoretische denkbeelden, maar heel veel met de 'petite histoire' van de Nederlandse privaatrechtswereid en daarover valt wederom het nodige te lezen in 'Acht civilisten in burger'.

### 8 De 'petite histoire' van een grote controverse.

De oorsprong van de controverse ligt vermoedelijk bij de zogenaamde 'affaire-Scheltema'. Scheltema was, al in het begin van de twintiger jaren, hoogleraar aan de Leidse juridische faculteit en op een gegeven moment is Scheltema geschieden van zijn vrouw. Meijers, die nogal strikte opvattingen gehad schijnt te hebben over moraal en

fatsoen in het familieleven, koos de partij van de vrouw van Scheltema, mede naar aanleiding van moeilijkheden over de omgang met de kinderen. Dit leidde ertoe dat Scheltema's positie in Leiden onmogelijk werd en dat hij vertrok naar de Amsterdamse juridische faculteit. Scholten heeft toen nog geprobeerd te bemiddelen, maar kreeg van Meijers nul op het request. Het feit dat Scheltema toen reeds lid was van de Staatscommissie voor de Burgerlijke Wetgeving heeft er toen weer toe geleid, dat Meijers pas vlak voor de oorlog, na het overlijden van Scheltema, lid van die commissie kon worden. In 1925 is er een vacature in de Staatscommissie en Meijers wordt dan gepasseerd ten gunste van Scholten, met als officiële reden dat Scholten wat ouder was. Het was echter een aantoonbare smoes. Men was er op het ministerie terecht van overtuigd, dat er een onmogelijke situatie zou ontstaan als Scheltema en Meijers beiden in de commissie zouden zitten. Dat Meijers niet eerder tot wetgevend werk geroepen is, heeft hem volgens Kisch geweldig gefrustreerd (37) en het verklaart voor een deel zijn felle kritiek op de staatscommissie in zijn beroemde 'Het felloze deel' van 1928. Meijers heeft later, in zijn bijdrage aan het 'Gedenkboek BW' van 1938, impliciet erkend, dat 'Het felloze deel' een in zekere mate onfaire kritiek was (38).

Dit was echter alleen het begin van de tegenstellingen tussen Meijers en hoogleraren van de Amsterdamse faculteit. Een andere controverse van persoonlijke aard ontstond na de oorlog tussen Meijers en Pitlo, later een fel criticus van het NBW. Pitlo zelf spreekt hierover in 'Acht civilisten in burger' (39): 'Het betrof een Joden-kwestie die in de oorlog gespeeld had waarin ik niets fout had gedaan, maar integendeel een Jood had geholpen. Meijers was fout ingelicht en dacht dat ik het wel fout had gedaan en Meijers herzag nooit z'n mening. Ik ben ervan overtuigd dat hij later begrepen heeft dat hij zich vergist heeft. Maar hij nam nooit iets terug, dat was uitgesloten!'. De achtergrond van dit conflict was het volgende. Pitlo had volgens Meijers gefungeerd als 'stand-in' voor C.H.F. Polak, de latere minister van Justitie, die in de oorlog niet als bewerker in de 'Schets van het burgerlijke recht' van Veegens-Oppenheim vermeld kon worden. Na de oorlog weigerde



Pitlo echter om te erkennen, dat hij niet meer dan slechts een 'stand-in' was geweest. Ik weet niet of Meijers' oordeel over Pitlo al dan niet terecht was, maar ik kan mij nauwelijks voorstellen dat deze affaire Pitlo's houding ten opzichte van Meijers, ook als criticus van het NBW, niet sterk beïnvloed heeft (40). Volgens Pitlo heeft deze affaire zijn positie in de Nederlandse rechtswereld geschaad, bijvoorbeeld doordat hij nooit uitgenodigd is lid te worden van de redactie van WPNR.

Een andere verhouding die allesbehalve goed genoemd kon worden, was die tussen Meijers en de Amsterdamse hoogleraar Kisch. Ook Kisch is één van de 'Acht civilisten in Burger' waarin hij zegt over Meijers: 'There has never been much love lost between us' (41). Meijers en Kisch hebben elkaar beter leren kennen doordat ze twee jaar samen in Westerbork en Theresiënstadt hebben moeten doorbrengen. De heren lagen elkaar duidelijk niet zo erg. Dat had waarschijnlijk mede te maken met hun verschillende rollen tijdens de oorlog. Kisch was lid van de Joodse Raad, maar heeft als een van de weinigen in de gaten gehad welke functie de raad in feite vervulde en heeft zich daarom eruit teruggetrokken. Nog meer eer heeft Kisch zich verworven door het feit dat hij de zogenaamde Barneveld-protectie heeft gewelgerd. In Barneveld werd een groep 'Ehrenjuden' geconcentreerd, mensen die zich verdienstelijk hadden gemaakt voor Nederland, in het bijzonder in kunst en wetenschap. Kisch, een vooraanstaand figuur in de Nederlandse Zionistische beweging, was de enige die bereid was afstand te doen van de - zoals hij zegt- 'mij toegedachte gunst' en die bereid was 'het lot te delen' van de bevolkingsgroep waartoe 'hij de eer had te behoren'. Min of meer toevallig en buiten zijn toedoen om kreeg Kisch niettemin Barneveld-protectie, hoewel hij in Amsterdam kon blijven. Daarmee was Kisch 'EhrenJude' in een wat andere zin dan de rest van de Barneveld-groep. Meijers wordt, zodra hij in Theresiënstadt arriveert, ogenblikkelijk lid van de zogenaamde 'Ältestenrat', dat wil zeggen het kampbestuur, voor zover dat aan de gevangenen zelf werd overgelaten. Die positie dankte hij aan de bemiddeling van zijn advocate, mevrouw Van Thalingen-Dois, die bij haar pogingen Meijers te laten emigreren tot in hoge kringen te Berlijn connecties had aange-

knoopt. In de sfeer van een concentratiekamp maken zulke connecties mensen vanzelfsprekend niet direct populair. Overigens beweert Kisch nergens dat Meijers zich niet voortreffelijk gedragen zou hebben in die buitengewoon moeilijke positie van lid van de 'Altestenrat'. Hij maakt hem bovendien een uitdrukkelijk compliment voor de wijze 'waarmee hij zich, onder overwinning van grote moeilijkheden, als het overschrijden van de Russisch-Amerikaanse demarcatielijn, in hoedanigheid van leider van de Nederlandse groep (uit Theresiënstadt) van die functie heeft gekwetend'. Meijers' opvattingen over Kisch, waren ook niet buitengewoon positief, en wel om redenen die ik niet kan releveren, omdat ik mijn openbare les niet helemaal tot het niveau van tv-privé wil verheffen, hoe aantrekkelijk sommige toehoorders dat ongetwijfeld ook zouden vinden. In 1955 publiceert Kisch een werkelijk moordende kritiek op de inleidende titel van het NBW, die er volgens Abas de nekslag voor is geweest (42). Was dat een faire kritiek? Naar mijn mening niet, ook al geloof ik niet, dat Kisch te kwader trouw is geweest in zijn kritiek. Ik zal in mijn boven reeds eerder aangekondigde publicatie betogen, dat de kritiek van Kisch grotendeels berust op misverstand en onbekendheid met Meijers' methodologische geschriften.

De vierde 'Amsterdammer' die het verdient in het kader van deze 'petite histoire' van het NBW genoemd te worden, is Eggens. Eggens werd voor de oorlog al algemeen erkend als een bijzonder knappe jurist. Tevens stond hij echter bekend als een vrijwel onmogelijk figuur, die de meest vreselijke dingen kon zeggen. Het gevolg daarvan was dat Eggens niet tot hoogleraar benoemd werd in Nederland en toen min of meer naar Batavia is uitgeweken. Nogal wat faam heeft Eggens zich in de oorlog verworven als auteur van Londense besluitwetgeving. Niet verwonderlijk is dan dat Eggens na de oorlog tot lid van de Staatscommissie voor de Burgerlijke Wetgeving wordt benoemd en als zodanig ook de ontwerpen van Meijers mee bespreekt. Nu waren Eggens' methodologische opvattingen, hij was Hegelliaan, nogal verschillend van die van Meijers. Zijn positie in de Staatscommissie was daardoor niet erg gemakkelijk, en het verhaal gaat, dat hij op een goed moment zich zo opgewonden heeft dat hij zijn stoel heeft omgedraaid en met de rug naar de rest van het gezelschap.

schap is gaan zitten. Overigens schijnt de persoonlijke verhouding tussen Eggens en Meijers betrekkelijk goed geweest te zijn, zij het dat Eggens, die volgens Pitlo nogal aan minderwaardigheidscomplexen leed, zich in zijn hart superieur voelde aan Meijers, hetgeen blijkt uit Eggens bekende uitspraak: 'Wat zou ik willen dat ik de hersens van Meijers had, want ik zou er nog mee kunnen denken ook' (43). Volgens Pitlo maakte Eggens ook in de collegezaal opmerkingen als: 'Meijers heeft in ons land de rechtsbeoefening 2000 jaar teruggeschroefd'. Men kan zich voorstellen, dat er in het zogenaamde Driemanschap Drion-Eggens-De Jong, dat Meijers na zijn overlijden is opgevolgd als leiders van de hercodificatie, de nodige spanningen hebben geheerst, aangezien zowel Drion als De Jong leerlingen en bewonderaars van Meijers waren. Beweerd wordt dan ook dat een voorname reden waarom Eggens in 1958 uit het Driemanschap is gestapt, was dat hij de andere heren niet bereid vond om de zijns inziens verfoeilijke geslotenheid van het stelsel van verbintnissen op te geven. In 1958 vertrekt Eggens naar de Amsterdamse faculteit en wel mede, naar diens zeggen, dankzij de bemiddeling van Pitlo (44). Naast Pitlo zijn Schoordijk en Van Dunné belangrijke critici van het NBW geweest. Schoordijk is een leerling van Eggens, Van Dunné is een leerling van Schoordijk en beide hechten grote betekenis aan de dialectische opvattingen over rechtsvinding die door Eggens gepropageerd werden. Tot zover de 'petite histoire' die mijns inziens ten grondslag ligt aan de zogenaamde tegenstelling tussen de Amsterdamse en de Leidse school, alsmede aan veel van de kritiek op het NBW, ook al behoort die natuurlijk in principe uitsluitend op z'n zakelijke merites beoordeeld te worden en kan hij zeker allesbehalve worden afgedaan met een beroep op de zojuist gereleveerde 'petite histoire'. Dat die er niets mee te maken zou hebben, lijkt mij echter een wat al te naïeve gedachte. De 'petite histoire' heb ik ook niet weergegeven om aan de kaak te stellen hoe schandelijk men zich wel niet gedragen heeft ten opzichte van Meijers en zijn geestesproducten. Ik kan helemaal niet goed beoordelen wie er in al die persoonlijke controverses gelijk had of niet. Ik vind dat ook niet van zo vreselijk veel belang. Verder kan men ook niet van tevoren zeggen dat dit soort persoon persoonlijke

en aan instituties als faculteiten gebonden tegenstellingen noodzakelijkerwijs slechte effecten moeten hebben op de wetenschappelijke ontwikkeling. Haat, nijd en ambitie kunnen evenzeer leiden tot schone als verderfelijke resultaten in de wetenschap. Dat het in dit geval eerder negatief uitgewerkt heeft, meen ik behalve door het feit dat er gedeeltelijk een valse tegenstelling tussen Scholten en Meijers gecreëerd is, zoals Drion heeft laten zien, ook te kunnen aantonen op een aantal andere punten.

Niet alleen heeft Langemeijer heel duidelijk de aard van Meijers' methodologisch denken beschreven, maar hij heeft ook zeer terecht gesteld dat er een vrij direct verband moet zijn tussen Meijers' 'Algemene begrippen' en het NBW. Naar een studie hierover zal men echter vergeefs zoeken (45), hoewel het al bij een oppervlakkige kennisneming van de 'Algemene begrippen', door Meijers tijdens de oorlog geschreven, volstrekt duidelijk wordt dat er een heel nauw verband is tussen de opvattingen die hij daar uiteenzet en zijn ontwerp voor het NBW.

Behalve Langemeijers besprekingen en de relatie met het NBW, is er nog een derde reden waarom de geringe belangstelling voor Meijers' methodologische geschriften merkwaardig is te achten. Die is gelegen in wat Meijers zelf over die geschriften gezegd heeft. Het proefschrift 'Dogmatische rechtswetenschap', waarop Meijers in 1903 op 23-jarige leeftijd cum laude bij Houwing, tevens leermeester van Scholten overigens, is gepromoveerd, heeft voor zover ik heb kunnen nagaan, in die tijd geen enkele aandacht getrokken. Besprekingen of verwijzingen in literatuur van voor de oorlog naar dat proefschrift komen niet of nauwelijks voor. Ook Langemeijer constateert in zijn beide recensies een bijna totaal gebrek aan belangstelling voor Meijers' methodologische geschriften. Scholten verwijst er in zijn 'Algemeen deel' in het geheel niet naar. Wat schrijft Meijers echter ijskoud in het voorwoord van zijn 'Algemene begrippen' van 1948? Op het onderwerp van zijn proefschrift, de waarde van deductie en inductie voor begrips- en oordeelvorming in de rechtswetenschap, meent hij niet terug te hoeven komen, kennelijk ervan overtuigd, dat hij daarover in 1903 al het definitieve woord gesproken heeft. Hij vervolgt dan: 'Behalve echter de in mijn proefschrift

besproken oorzaken van misverstand en dwaling in de leer der juridische begrippenwereld, bestaan er heden ten dage nog vele andere'. Dat kan onder andere Scholten dus in zijn zak steken (46)! Dat zijn eerste werk zo weinig is gewaardeerd, deert Meijers ogenschijnlijk niet en onversaagd zegt hij over de 'Algemene begrippen': 'Voor twintig jaren was alles nieuw. Ongetwijfeld kan men enkele verwante gedachten in de laatste tijd bij andere schrijvers vinden. Mij is echter niet bekend dat dit ook het geval is met de hoofdgedachten waarop de hiervolgende uiteenzettingen berusten'. Meijers pretendeert derhalve een volstrekt unieke methodologie ontwikkeld te hebben en het mag verbazingwekkend heten dat als zo'n beroemd jurist dat beweert, alle mindere goden zich niet met gretigheid op zijn werk storten.

Langemeijer is overigens niet de enige die zich met Meijers' methodologische geschriften heeft bezig gehouden. In 1971 verschijnt Van Dunné's proefschrift 'Normatieve uitleg van rechtshandelingen', waarin deze fel van leer trekt tegen de zijns inziens bijna negentiende-eeuwse legist Meijers, met name op het punt van diens opvattingen over de wilsleer. Ik ben van mening dat Van Dunné, wiens geschriften ik overigens buitengewoon inspirerend vind, Meijers inderdaad verkeerd beoordeeld heeft, met name ook op het punt van Meijers' opvattingen over de grondslag van de rechtshandeling in het privaatrecht, zoals ook al gesteld is door Van Schilfgaarde (47) en Nieuwenhuis (48). Hetzelfde kan mijns inziens gezegd worden voor Van Dunné's recentelijk gepubliceerde kritiek (49) op Meijers' opvatting van het begrip zaak als uitsluitend betrekking hebbend op stoffelijke voorwerpen. Zijn bewering dat Meijers zich kennelijk niet bewust is geweest van het onderscheid tussen een zaak als stoffelijk voorwerp en het recht op een zaak is mijns inziens aantoonbaar onjuist (50).

In 1975 schrijft Van Dunné's postdoctorale leermeester Schoordijk een bijzonder interessante beschouwing over de (her)codificatiegedachte bij Scholten en Meijers in het Scholten-nummer van WPNR. Schoordijk relativeert daar in sterke mate de gedachte dat Scholten zo tegen hercodificatie geweest zou zijn. Scholten, zo Schoordijk, zag niets in algehele hercodificatie, maar had geens-

zins een van Meijers erg afwijkende opvatting over het belang van wetgeving in het burgerlijk recht. Meijers argumenten voor hercodificatie komen echter in Schoordijks beschouwing wat minder uit de verf naar mijn mening, hetgeen natuurlijk wel enigszins begrijpelijk is in dit aan Scholten gewijde nummer van WPNR. Schoordijk relateert ook op verscheidene plaatsen, de tegenstelling in Juridisch denken tussen Scholten en Meijers vrij sterk, zelfs mede bij wijze van lichte kritiek op Van Dunne's visie op Meijers' wilstheorie van de rechtshandeling. Toch komt de gedachte niet bij Schoordijk op, dat er iets fundamenteel mis zou kunnen zijn met het beeld van de 'legist' Meijers en de 'anti-legist' Scholten. Meijers blijft in Schoordijks visie een exponent van wat hij in navolging van zijn leermeester Eggens het 'scheidende denken' noemt. Schoordijk construeert op basis van tamelijk magere indicaties een 'vrijdenkers'-periode tot ongeveer 1930 en een meer legistische periode daarna in het denken van Meijers. Zonder dat hij deze stelling nader uitwerkt, stelt Schoordijk, dat de 'Algemene begrippen' niet 'een briljant sluitstuk' zijn op zijn oeuvre, maar 'een corpus alienum in Meijers denken'. Kortom: volgens Schoordijk was Meijers eigenlijk een Scholteniaan in de beoefening van de rechtsdogmatiek, zijn methodologische geschriften waren een schizofreen aanhangsel. Deze these staat natuurlijk wel haaks op het voorwoord van de 'Algemene begrippen', waarin Meijers de continuïteit in zijn denken stelt. Ik denk dat Meijers dat goed zag. Zijn denken vertoont mijns inziens juist een bijna merkwaardig te noemen afwezigheid van discontinuïteit en er is vermoedelijk weinig in zijn oeuvre aan te wijzen, dat onverenigbaar is met de opvattingen die hij in de 'Algemene begrippen' verdedigd heeft.

In 1977 wordt door de Vereniging voor Wijsbegeerte van het recht het preadvies van R. de Roon behandeld, waarin de methodologische opvattingen van Meijers worden behandeld. De Roon geeft een zeer correcte weergave van Meijers' beweringen in 'Dogmatische rechtswetenschap', die hij binnen het kader van wat hij 'een empirisch-inductieve benadering' noemt, kennelijk aanvaardbaar acht. Hij verwierpt echter die benadering en vervolgt met een kritiek op Meijers' opvatting over het subjectieve recht, die weinig overtuig-

gend is, tenzij men zich op het standpunt van de door De Roon aangehangen Wijsbegeerte der Wetsidee stelt, waarin aan rechtsbegrippen anders dan bij Meijers niet alleen een zuiver systematiserende functie wordt toegekend. Ondanks die op zichzelf volkomen correcte weergave, blijkt uit De Roons preadvies eigenlijk nauwelijks wat nu precies de originaliteit van de dogmatische rechtswetenschap is en hoe zich Meijers' opvatting nu precies verhoudt tot concurrerende opvattingen, zoals bijvoorbeeld die van Scholten, de in Nederland toch nog steeds meest populaire rechtsmethodoloog.

Afgezien van het reeds genoemde artikel van Boukema, zijn er na 1977 bijdragen van Bloembergen (1980) (51) en Veegens (1982) (52) over Meijers' methodologische opvattingen verschenen. Beide bijdragen liggen in de lijn van het betoog van Drion: de tegenstelling ten opzichte van Scholten is zwaar overdreven, in feite was er niet meer dan een accentverschil.

Aldus is naar mijn mening nog nauwelijks recht gedaan aan de verdiensten van Meijers' inzichten op het terrein van de juridische methodologie, nog afgezien van hun betekenis voor een goed begrip van het NBW, voorzover dat nog steeds gebaseerd is op zijn ontwerpen. Een principiële verdediging op basis van onderzoek van Meijers' methodologische opvattingen, is nog niet beproefd. Wat zijn de verdiensten van Meijers' methodologische ideeën dan? Ik kan daar hier maar zeer kort op ingaan. Hoewel Boukema er terecht op wijst, dat Meijers kenmerkend alleen op de hoogte was van de klassieke, syllogistische logica en er zelfs niet geheel mee uit de voeten bleek te kunnen, had Meijers wel een uiterst heldere voorstelling over de aard van de logica, evenals over de aard van semantische analyse. Scholten daarentegen hield er onmiskenbaar een psychologistische misvatting ten aanzien van de logica op na. Bij Scholten hangt nog duidelijk allerlei essentialistisch gedachtengoed dat hem in zekere mate verwant maakt met het denken van de 'Begriffsjurisprudenz'. Meijers is eenvoudig veel radicaler in zijn afwijzing van de stelling, dat woorden op zichzelf duidelijk zouden kunnen zijn. Aan de andere kant verleidt dit Meijers niet tot het idee dat opsporen van de betekenis waarin woorden zijn gebruikt, een subjectief en noodzakelijkerwijs van de vooronderstellingen van

de Interpretant afhankelijke aangelegenheid is. Ook maakt Meijers een buitengewoon helder onderscheid tussen Interpretatie en analogie enerzijds, tussen de regelingsintentie en de betekenisintentie van de wetgever anderzijds. Daarbij is Meijers zich overigens volkomen bewust van het feit, dat er een veelheid van Interpretatiemateriaal bestaat dat verschillende, mogelijk tegenstrijdige hypothesen over de betekenis van de wet mogelijk kan maken. Meijers maakt verder een heel duidelijk onderscheid tussen de Interpretatie volgens de regelingsintentie, volgens de betekenisintentie en volgens het grammaticale gebruik. Meijers maakt ook een zeer verhelderend onderscheid tussen rechtsregels, rechtsbeginselen en rechtsbelangen. Daaraan vastknopend kan hij een onderscheid maken tussen de op de betekenisintentie berustende wetsinterpretatie enerzijds, analogie die aansluit bij de regelingsintentie van de wetgever en 'vrije rechtsvorming', die berust op de regelingsintenties van een competent rechtsorgaan, dat uiteraard wel aansluiting kan zoeken bij in het positief recht voorkomende regelingsmotieven. Meijers toont ook overtuigend aan dat er in strikte zin geen leemten kunnen zijn in een wet, maar wel onvolledigheden in het licht van de regelingsintenties. Welke vrijheid de rechter bij de rechtsvorming gelaten wordt, is volgens Meijers – en mijns inziens terecht – niet een kwestie van semantiek, maar een kwestie van staatstheoretische opvatting of, zoals Meijers dat noemde, doelmatigheidsoverwegingen. Meijers' voorkeur voor rechtsvorming door de wetgever is primair bepaald door het idee dat het onwenselijk is dat de rechter rechtsscheppend te werk gaat buiten het terrein van de zuivere toepassing en de analogie. Dit oordeel zal denk ik iedereen die in principe de scheidslijn tussen politiek en rechtspraak voorstaat nog steeds onderschrijven. Dit is voor hem ook een belangrijk argument geweest voor de hercodificatie (53).

Met deze korte aanduiding moet ik volstaan en voor het overige naar een latere publicatie verwijzen. Laat ik in ieder geval mijn visie hier nog scherp profileren ten opzichte van de andere twee hier behandelde. Ik ben het noch eens met degenen die Meijers in methodologisch opzicht voor een (eventueel schizofreen) legist verslijten, noch met degenen die niet meer dan een accentverschil



willen zien tussen Scholten en Meijers. Er is een heel wezenlijk verschil tussen beide, die grof (in de dubbele zin des woords) gezegd neerkomt op het feit, dat Scholten bekentenisliteratuur is, terwijl Meijers zichzelf onderwerpen heeft aan een de gemiddelde jurist afschrikkende analytische strengheid. De reden waarom dit laatste zo afschrikt zijn door Langemeijer aangegeven. De eerste reden is het abstractieniveau van veel van Meijers methodologische beschouwingen (54). De tweede reden verklaart wellicht, waarom ook Langemeijer zelf, zoals hij gezegd heeft, 'het orgaan mist' voor Meijers' grootheid. Langemeijer zegt dat de gewone jurist 'bij 'algemene rechtsleer' meestal aan iets anders denkt dan Meijers daaronder verstaat. Gewoonlijk toch vindt men de term gebruikt voor een onderzoek naar de inhoud van die begrippen, waarvan de onderzoeker aanneemt, dat zij uit hoofde van het wezen van het recht noodzakelijk in elk rechtssysteem en wel steeds met gelijke inhoud moeten voorkomen. Meijers daarentegen bedoelt ermee .... de leer van de begrippen waarmede men een aantal rechtsregels van bepaalde inhoud .... het doelmatigst kan ordenen' (55). Meijers denkwijze verdraagt zich niet met het wat stichtelijk essentialisme, waaraan zovele juristen in ieder geval in deze eeuw kennelijk zoveel behoefte hebben, een behoefte waaraan Scholten bij uitstek tegemoet is gekomen.

## 9 Meijers en de (privaat)rechtsleer in de tweede helft van deze eeuw.

Heeft Meijers al alles gezegd wat er over rechtsvinding in het privaatrecht te zeggen valt? Geenszins, maar, zoals Langemeijer zegt, men moet Meijers ook als kind van zijn tijd zien. Wat er ook zij van tekortkomingen in Meijers methodologische geschriften, ik meen dat deze door geen van zijn tijdgenoten gecompenseerd zijn, en zeker niet door Scholten. Op het terrein van begripsvorming en systematiek zijn Meijers' geschriften mijns inziens echter nog steeds 'ongedateerd', om nog eens met Langemeijer te spreken.

Ingrispende vernieuwing in het rechtstheoretisch denken heeft zich, als we even afzien van Hans Kelsen, die overigens eveneens

een typisch kind van de tijd van Meijers is geweest (56), pas in de tweede helft van deze eeuw voorgedaan en wel in de vorm van de met name door Wittgenstein geïnspireerde analytische rechtsfilosofie, die bij ons z'n vroege neerslag vond in het schitterende proefschrift van J.F. Glastra van Loon, 'Norm en handeling' (1956), waarvan thans gelukkig eindelijk een herdruk zal verschijnen. Dit is echter mijns inziens al evenzeer, zij het op een andere wijze, miskend als het methodologisch werk van Meijers (zie onder), en dit schrijf ik mede op rekening van de na de tweede wereldoorlog buiten proporties geraakte Scholten-cultus.

Vóór de oorlog schijnt het 'Algemeen deel' met uitzondering van Eggens (57), niet zoveel enthousiasme te hebben losgemaakt. Dat dit na de oorlog in zo sterke mate het geval is geweest, kan mijns inziens verklaard worden, door het ethisch revell in de rechtsleer als gevolg van de Tweede Wereldoorlog, in het bijzonder ook gestimuleerd door Gustav Radbruch, die het rechtspositivisme de schuld in de schoenen schoof voor het feit, dat de Duitse juristen in het algemeen zo enthousiast met Hitler c.s. gecollaboreerd hebben. Intussen is overigens wel aangetoond, dat als er van de rechtsleer wat dit betreft al enige invloed is uitgegaan, veeleer anti-rechts-positivistische stromingen verantwoordelijk zijn voor fascistische sympathieën onder juristen (58). Hoe dan ook, in die sfeer van na de oorlog is het begrijpelijk, dat in Nederland, waar ook de nodige prominente juristen boter op hun hoofd hadden, het 'Algemeen deel' met z'n nu bijna dominee-achtig aandoende accent op het geweten van de jurist, geschreven bovendien door iemand die zich in de oorlog voorbeeldig gedragen had, gemakkelijk ingang vond. Voeg hierbij de invloed van de controverse 'Leiden-Amsterdam' (59) en het is begrijpelijk, dat methodologische opvattingen als die van Meijers in het verdomhoekje van legisme en rechtspositivisme terecht kwamen. Ook de receptie van het proefschrift van Glastra van Loon heeft mijns inziens te lijden gehad van de Scholten-cultus. Weliswaar kreeg het een sympathieke ontvangst, maar voorzover het de rechtsleer geïnspireerd heeft, is dat op een wijze geschied, waarvan ik mij ernstig afvraag of het de goedkeuring van de auteur kon wegdragen (60). J. ter Heide heeft zich namelijk voor zijn 'functionele

rechtsleer' op Glastra's opvattingen als theoretische basis beroepen. Of dat een terechte claim is, is daarom zo moeilijk na te gaan, omdat de functionele rechtsleer een theoretische potpourri is waar voor bijna elk wat wils kan worden aangetroffen: existentia-  
 lisme, fenomenologie, hermeneutiek, retorica, speltheorie, systeem-  
 theorie en wat niet al (61). Daarbij komt dat zulke fundamentele  
 concepten als 'handeling', 'functie' en 'omgeving' door Ter Heide  
 nooit precies zijn gedefinieerd en uitgewerkt. In het begin van de  
 jaren zeventig kan men dan het amusante tafereel gadeslaan, hoe de  
 functionalist Ter Heide, de existentialist Van Scheijen en de  
 dialecticus Van Dunné met elkaar in de clinch gaan over de vraag,  
 wie zich de ware erfgenaam van Scholten mag noemen (62). De ten  
 opzichte van Scholten door Ter Heide geclaimde originaliteit, komt  
 hem volgens Van Dunné - terecht volgens Drion - niet toe. Dat kan  
 wederom bevorderd hebben, dat de potentiële inspiratie van Glastra  
 van Loon's 'Norm en handeling' min of meer opgezogen is door de  
 theoretische stofzuiger van Ter Heide, waardoor Glastra van Loon  
 met de functionele rechtsleer geïdentificeerd is gaan worden. Ik  
 meen ik dit kunnen aantonen aan de hand van het volgende. In 1979  
 promoveert J.H. Nieuwenhuis te Leiden (63) op het voortreffelijke  
 'Drie beginselen van contractenrecht'. Hoewel diens beschouwingen  
 mijns inziens bijzonder goed aansluiten bij 'Norm en handeling',  
 wordt naar dit laatste zelfs niet verwezen. In plaats daarvan heeft  
 Nieuwenhuis op een nogal dubieuze wijze (64) aansluiting gezocht  
 bij de taalhandelingstheorie.

Afgezien van invloeden van de analytische rechtstheorie, is er  
 mijns inziens op het terrein van de privaatrechtsleer van na de  
 tweede wereldoorlog werkelijk weinig nieuws te melden. Stromingen  
 als de hermeneutiek, de dialectiek e.d. hebben niet geleid tot  
 juridische methodologie in een constructieve, theoretisch uitge-  
 werkte zin. Men kan ze nog het beste typeren als vormen van juri-  
 dische 'Gesinnungsethik', een typering die ook al voor het werk van  
 Scholten opgaat. Het enige, mijns inziens overigens nogal zwakke  
 (65) lichtpuntje, is de zogenaamde vergelijkingsmethode van Wiarda.

Bij dit alles komt, dat de analytische handelingstheorie, zoals  
 ontwikkeld door Glastra van Loon, duidelijke beperkingen heeft.

Functies van recht zijn immers niet te reduceren tot handelingsfuncties, dat wil zeggen tot van symbolische betekenissen afhankelijke intenties (niet te verwarren met 'bewuste' intenties). Rechtsregels vervullen ook allerlei functies in het maatschappelijk systeem, die in zekere zin nevenwerkingen zijn van handelingen en die soms alleen maar gerealiseerd kunnen worden, dankzij het feit dat men die nevenwerkingen niet intendeert. Handelingstheorie is voor het privaatrecht, in het bijzonder voor rechtshandelingen, zeer verhelderend, hoewel geenszins voldoende om alle vragen rond conflicterende zin van handelingen op te lossen. Een deel van die zin is immers niet micro-, maar macro-sociaal bepaald en voor de oplossing van die vragen zal men zeker aansluiting moeten zoeken bij sociale en economische macro-theorieën over (privaat)recht. In dit verband wil ik de aandacht vestigen op het feit, dat ondanks het Amsterdamse proefschrift van E.J.P. Mackaay van 1980 (66), de economische analyse van het recht in Nederland zo goed als niet bestaat, hoewel dit met name ook voor het privaatrecht krachtige analytische instrument elders al bijzonder ver ontwikkeld is.

Tenslotte wil ik niet onvermeld laten, dat zich tamelijk onafhankelijk van nationale tradities, wel degelijk vooruitgang heeft voorgedaan in de algemene rechtstheorie onder invloed van de moderne logica, de wetenschapstheorie en de taal filosofie. Er zijn aanwijzingen, dat deze vooruitgang thans ook in de rechtsdogmatiek merkbaar begint te worden (67). Dat neemt echter niet weg, dat de Scholten-cultus ertoe geleid heeft, dat op het terrein van de rechtsleer wel veel variatie, maar bar weinig selectie heeft plaatsgevonden. Er is geen sprake geweest van enige vorm van constructieve theoretische vooruitgang. Waren Meijers methodologische geschriften en vooral zijn strak analytische, precieze stijl van methodologische denken, niet dermate in het verdomhoekje geplaatst, dan is het denkbaar dat de ontwikkeling zich op een veel productievere wijze had kunnen voltrekken.

#### 10 De verhouding van wetgever en rechter.

Tot slot van deze openbare les wil ik terug komen op de kwestie van

de verhouding van wetgever en rechter. Boven is al vaker gesteld, dat de privaatrechtsleer gebukt is gegaan onder de vermenging van interpretatiekwesties met staats-theoretische vraagstukken. Houdt men vast aan de ons staatsbestel ten grondslag liggende gedachte, dat rechtsvorming in eerste instantie de taak is van de politiek en niet van de rechter, dan is het zaak na te denken over mogelijkheden om de rechterlijke vrijheid terug te dringen in zoverre die het gevolg is van gebreken van ons staatsbestel. Dit is m.i. des te noodzakelijker, nu de de Hoge Raad zich, aanvankelijk nog met de dekmantel van de anticiperende anticipatie, met name in de jaren tachtig steeds meer de rol van wetgever is gaan aanmeten. Ik denk hier met name aan het zogenaamde Stierkalf-arrest (HR 7-3-1980, NJ 1980, 353), het arrest Boon-Van Loon (HR 27-11-1981, NJ 1982, 503) en de bekende arresten in zake de ouderlijke macht en voogdij over kinderen na echtscheiding en samenwoning (HR 21-3-1986, NJ 1986, no. 585, 586, 587, 588). Ging de Hoge Raad in het Stierkalf-arrest nog betrekkelijk plompverloren om, zich legitimerend met een beroep op het NBW, bij Boon-Van Loon blijkt de Hoge Raad zich duidelijker meer bewust geworden van zijn quasi-wetgevende activiteit, want de Hoge Raad bouwt een soort overgangsrecht in alsof er op die datum van de uitspraak een nieuwe wet van kracht is geworden. In het geval van de uitspraken over de ouderlijke macht en voogdij van 1986 kon de Hoge Raad zich beroepen op het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, maar het unieke ervan is toch wel, dat de Hoge Raad in een meer omvattende regeling voorziet ter vulling van de regelingslacune, die ontstaan was als gevolg van het feit dat de wetgever zich kennelijk niet bewust was geweest van de strijd van artikel 161 BW met het Europese Verdrag. Dergelijke uitspraken roepen eenvoudig om bezinning over de rechterlijke vrijheid en verantwoordelijkheid, zoals dan ook al in een recent proefschrift is geschied (68).

Er zijn afgezien van internationale verdragen een aantal boven reeds genoemde redenen waarom de rechter steeds vaker gedwongen is om rechtsvormend op te treden in kwesties die eigenlijk politieke deliberatie zouden vereisen, hetzij omdat er onvoldoende grondslag in de wet is waarbij de Hoge Raad kan aanknopen, hetzij omdat de

regelingsmaterie te veel aspecten heeft die slechts in een verward verband staan met de bij de rechter voorliggende zaak. Boven is ook al het nodige gezegd over het slecht functioneren van de wetgevingsmachine. Hoewel dit enerzijds gedeeltelijk verantwoordelijk is voor de toenemende rechterlijke vrijheid, treedt er anderzijds ook een stimulerend effect op als gevolg van de vrijheid die de rechter zich permitteert. De wetgever meent allicht zich minder druk te hoeven maken over de kwaliteit van de wet, omdat de rechter als het al te gek wordt wel zal ingrijpen. Op die manier dreigt een verschuiving in staatsrechtelijke verantwoordelijkheden op te treden die niet goed past in ons politiek systeem.

Tot slot van deze openbare les wil ik daarom een voorstel doen dat er niet alleen gericht is te komen tot een zeker herstel van de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen wetgever en rechter, maar dat tevens de wisselwerking tussen rechtsdogmatiek en wetgeving wil stimuleren en wel in de richting van een sterkere mate van verwetenschappelijking van beide. Het voorstel dat hier gedaan zal worden is overigens daarmee alleen niet krachtig genoeg te motiveren, aangezien het een nogal ingrijpend gevolgen heeft voor het politieke bestel. Daarom duld ik in het kort ook andere gebreken in ons politieke bestel aan, die mijns inziens door mijn voorstel eveneens zouden kunnen worden bestreden:

- 1 Van dualisme in ons staatsbestel is weinig meer over: regering en ambtenaren hebben een tamelijk verstikkende greep (via regeeraccorden, dreigen met coalitie-breuk en fractie-dwang) op de regeringspartijen, terwijl de oppositie tot vooral op publiciteit gericht gekrabbel in de marge veroordeeld is. De politiek wordt gemaakt door een oligarchie van ministers, hoge ambtenaren, ministers, fractieleiders en de grote georganiseerde belangengroepen. De eigen verantwoordelijkheid van ministers en parlementsleden stelt weinig voor (69).
- 2 Politici hebben onvoldoende aandacht voor wetgeving, in het bijzonder voor zover die politiek niet interessant is en laten via kaderwetgeving en vage normen veel te veel over aan de uitvoerende macht.
- 3 Bij politici bestaat niet alleen een gebrek aan belangstelling

maar ook een groot gebrek aan deskundigheid op het terrein van de wetgeving.

4. Aangezien politici niettemin betrekkelijk veel tijd aan wetgeving moeten besteden, hebben ze minder tijd over voor hun andere taken, het bepalen van het beleid voorzover dat los staat van de wetgeving en de controle op de uitvoerende macht. Dat er met name op dat laatste punt het nodige aan schort, hebben de schandalen beginnend met de Lockheed-kwestie toch wel duidelijk gemaakt.

Mijn voorstel luidt nu als volgt. De Eerste Kamer wordt omgevormd tot een uitsluitend wetgevende kamer met uitzondering van de begrotingswetgeving. De Tweede Kamer verliest in principe het recht van amendement en concentreert zich op beleid en controle. Niettemin houdt de Tweede Kamer greep op het totale overheidsgebeuren niet alleen doordat ze de algemene politieke en financiële lijnen uitzet ook voor de wetgeving, maar ook doordat ze een in de Eerste Kamer aangenomen wet kan verwerpen binnen een bepaalde termijn na aanneming ervan in de Eerste Kamer. In geval van verwerping zou in mijn voorstel echter de verplichting ontstaan, dat het door de Tweede Kamer verworpen wetsontwerp binnen een vrij korte termijn in Verenigde Kamers opnieuw in verkorte procedure in behandeling wordt genomen. Wordt die termijn niet gehaald, dan vervalt de rechtsgeldigheid van het verwerpingsbesluit. De Eerste Kamer heeft het recht van initiatief, terwijl de Hoge Raad, daartoe eventueel gestimuleerd na tussenkomst van de Procureur-generaal via cassatie in het belang van het recht (70), verzoeken tot rechtshervorming kan indienen, in dringende gevallen vergezeld van een aankondiging over hoe de Hoge Raad zich voorstelt te gaan beslissen, indien de Eerste Kamer niet bereid is het verzoek op redelijke termijn in behandeling te nemen. Bijkomende voorstellen zijn:

- 1 De Raad van State wordt als adviseur voor de wetgeving afgeschaft.
- 2 De Tweede Kamer worden gekozen in een districtenstelsel (71).
- 3 De HR wordt in het belang van de machtenscheiding en van de rechtseenheid cassatie-instantie voor alle niet-administratieve rechtsgangen.

Mijns inziens heeft dit voorstel de volgende voordelen:

- 1 Verhoging van de deskundigheid in het parlement door specialisatie naar functie verdeeld over de twee Kamers. De wetgevende kamer zal alleen maar aantrekkelijk zijn voor mensen met specifieke deskundigheid op het terrein van wetgeving en minder aantrekkelijk voor lieden die vooral in beleid geïnteresseerd zijn. Die zullen veel beter terecht kunnen in de Tweede Kamer. De Tweede Kamer zal zich vooral kunnen concentreren op het uitzetten van de grote politieke lijnen en de uitoefening van een effectievere controle op het overheidsbeleid.
- 2 Doordat de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor wetgeving bij de Tweede Kamer, respectievelijk de Verenigde Kamers berust, zal het ministeriële 'onaanvaardbaar' in de Eerste Kamer minder gewicht krijgen. Partijdwang in de Eerste Kamer zal hierdoor minder gemakkelijk uitgeoefend kunnen worden, met name als de leden van de Tweede Kamer op districtsbasis verkozen worden, waardoor ze minder afhankelijk worden van de partijbazen. De Tweede Kamer zal zich moeten hoeden al te vaak in de Eerste Kamer aangenomen wetsontwerpen te verwerpen, omdat het dan onmogelijk wordt de termijn voor herbehandeling te halen.
- 3 Het aldus bewerkstelligde herstel van dualisme in de politiek zal deze interessanter maken, meer beïnvloedingsmogelijkheden aan de kiezer bieden onder andere via het districtenstelsel, volgens hetwelk de Tweede Kamer gekozen wordt. Het verdient overigens geen aanbeveling dit stelsel ook te hanteren voor de Eerste Kamer, aangezien dan de kans op minder deskundige leden groter wordt.
- 4 Het parlement zal niet meer op de wijze als dat tot nu toe het geval is geweest de politiek verantwoordelijkheid voor 'vrije rechtsvorming' op de rechter kunnen afschuiven. Doordat de Hoge Raad aankondigt, dat bepaalde kwesties geregeld dienen te worden en hoe hij zich voorstelt te beslissen indien een regeling uitblijft, is het parlement expliciet verantwoordelijk voor een eventueel gebrek aan initiatief aan besluitvaardigheid. Omgekeerd kan van de rechterlijke macht verwacht worden, dat ze zich van rechtsvormende activiteiten onthoudt, die geen basis in het



geldende recht vindt, en dat ze zich gebonden achten aan gevestigde precedents zolang niet aangekondigd is, dat de Hoge Raad zal omgaan bij uitblijven van een door het parlement te scheppen regeling. Overigens kan het parlement natuurlijk wel goede redenen hebben om de rechtsvorming aan de rechter over te laten, namelijk daar waar het om simpele of oncontroversiële zaken gaat of waar zonder ontwikkeling van casuïstiek geen zinvolle wetgeving mogelijk is. In het door mij voorgestelde systeem, waarin de wetgever vooraf de kans krijgt om een regeling te maken, wordt de schijn vermeden, dat de rechter alleen maar het geldend recht toepast, zodat anders dan nu, achteraf ingrijpen door de wetgever naar aanleiding van de rechtspraak niet kan worden opgevat als een veroordeling ervan (als rechtstoepassing).

- 5 De Raad van State kan als adviseur bij wetgevingsvragen worden afgeschaft, aangenomen dat de Eerste Kamer voorzien wordt van voldoende assistentie. Niet alleen blijken de adviezen van de Raad van State een beperkte invloed uit te oefenen, maar als ze invloed hebben, is dit meestal het geval op grond van politieke in op grond van juridische overwegingen (72). De Raad van State is in wezen een residu van een middeleeuwse, oligarchische vorm van besturen. Dat deze tot een ongewenste mengeling van politiek en wetenschappelijk gezag kan leiden, is amper gedemonstreerd in de kruisvluchtwapenkwestie. Gegeven een op wetgeving gespecialiseerde kamer is aannemelijk dat daar op zijn minst evenveel deskundigheid op het terrein van wetgeving geconcentreerd zal zijn als thans bij de Raad van State.
- 6 Door deze institutionalisering van de wetgevingsfunctie zal de aandacht van rechtsgeleerden in belangrijke mate van rechtspraak naar wetgeving kunnen verschuiven en zal een vruchtbare wisselwerking tussen wetgeving, rechtspraak en rechtsdogmatiek op gang kunnen komen.

Ik ben mij ervan bewust dat mijn voorstel mede geïnspireerd is door gehechtheid aan oud-liberale beginselen. De uitholling van de individuele verantwoordelijkheid van ministers en parlementsleden staat mij evenzeer tegen als een concentratie van politieke macht bij

rechters. Wat mij betreft mogen ministers meer op wethouders en parlementariërs meer op gemeenteraadsleden lijken, terwijl rechters geen rechtsorakels mogen zijn. Ongetwijfeld heeft mijn voorkeur ook te maken met een pragmatische visie op politiek. Ik kan niet inzien waarom de visie op defensie noodzakelijk samenhangt met die op de economische politiek, op onderwijspolitiek enz., hoewel er natuurlijk wel raakvlakken zullen zijn tussen de verschillende ministeries met name in de sociaal-economische driehoek. Een overmatige ideologisering van politieke kwesties is een achterhaald residu van de periode van tegenstellingen van confessies en sociale klassen, die hun huidige betekenis voornamelijk ontleenen aan het feit dat ze geïnstitutionaliseerd zijn in de staats- en rechtsorde.



## Noten.

1. Eerder overkwam mij dat bij 'Juristerij in Nederland', Deventer 1981 en 'Grondwet en Krulsvluchtwapens', Assen/Maastricht 1986. Beide boeken waren in oorsprong bedoeld als artikelen. Ik ben kennelijk volstrekt ongeschikt voor een universeel systeem waarin alles in tijd en man/vrouwkracht tot een maand nauwkeurig gepland moet worden, het Taylor-systeem van Deetman en co., fabrikanten van bedrukt papier te 's-Gravenhage.
2. Zoals G.E. van Maanen bijvoorbeeld op ontmythologiserende wijze gedaan heeft in zijn proefschrift 'Onrechtmatige Daad', Deventer 1986.
3. Zo constateert bijvoorbeeld J. Griffiths in 'Een toeschouwersperspectief op de euthanasie discussie', NJB 1987, p. 681 e.v.
4. Zie noot 1. Die stelling is nader onderbouwd in mijn artikel 'Paradoxen en aporiën van constitutionele rechtsregels' in: J.H.M. Klanderman en N.H.M. Roos (red.), Interne en externe analyses van recht, Zwolle 1987.
5. Aan de conclusies uit rechtstheoretische overwegingen kunnen overigens wel degelijk normatieve conclusies verbonden worden, terwijl de rechtsfilosofie zeer wel kan aanknopen bij logische en structuurtheoretische kenmerken van recht. De kentheorie van het recht vormt de verbindende schakel tussen rechtstheorie en rechtsfilosofie.
6. Men zie hiervoor: L. Boon, De List der Wetenschap, variatie en selectie: vooruitgang zonder rationaliteit, Baarn 1983.
7. Men zie ter illustratie hiervan: S. Macauley, Non-Contractual Relations In Business, in: 28 American Sociological Review (1963), p. 55-66.
8. Verwetenschappelijking van het recht lijkt gebonden aan twee noodzakelijke, maar geenszins voldoende voorwaarden: onafhankelijkheid van de staat en de afwezigheid van al te onmiddellijke betrokkenheid bij de rechtspraktijk van een aanzienlijke groep van primair academisch geïntendeerde rechtsgeleerden. Die voorwaarden zijn door de aard van het vak eigenlijk maar zelden gegeven geweest (Rome, Middeleeuwse rechtsscholen, de Duitse rechtsleer in de negentiende eeuw). Bijkomende voorwaarden zijn gelegen in de positie van de juristen als stand en hun invloed en afhankelijkheid van de rechtsscholen, alsmede de onafhankelijkheid van deze laatste ten opzichte van de staat.
9. Men zie daarvoor bijvoorbeeld: M.S. Larson, The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis, Berkeley 1977; Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen 1922, p. 508 e.v. Weber zag de 'Freirechtsschule' vooral als een merkwaardige verbinding van conservatieve standsbelangen en socialistische revolutie tegen het 'ideologisch' geachte formalisme van het privaatrecht. Ik heb hierover geschreven in 'Antiformale Tendensen in modernen Recht - eine These Max Webers, diskutiert am Beispiel der Laienrichterfrage', opgenomen in: S. Breuer/H. Treiber (Hrsg.), Zur Rechtssoziologie Max Webers, Interpreta-

- tion, Kritik, Weiterentwicklung, Opladen 1984.
10. Zo bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, *Het NBW en de twee soorten invoeringspijn*, NJB 1986, p. 1242.
  11. J.M. van Dunné, *Naar een spoedige invoering van het nieuwe BW? Liever snel recht dan goed recht?*, NJB 1984, p. 669 e.v.
  12. A. Pitlo, *Het Erfrecht in het Ontwerp-Meijers*, RMT 1954, p. 463 e.v.
  13. K.F. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, opgenomen in: Thibaut und Savigny, München 1973.
  14. Men zie A. Pitlo, *Een voor de praktijk van het rechtsleven hachelijke onderneming*, in: *Fait accompli*, Zwolle 1983, p. 3 e.v.; men zie ook de 'repliek' van de hand van R.S. Meijer, *Een gerechtvaardigde verrijking*, o.c., p. 17 e.v.
  15. Men zie o.a.: J. van Dunné, *Waar doet het pijn?*, *Advocatenblad* 1987, p. 125 e.v.
  16. Men zie C. Groenendijk, *Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter*, Zwolle 1981.
  17. Zie M. Galanter, *Why the have's come out ahead*, *Law and Society Review*, 1974-'75, p. 95 e.v.
  18. H.C.F. Schoordijk, Paul Scholten, Meijers en de (her)codificatiegedachte, WPNR 5314 (1975; Scholten-nummer), p. 572.
  19. Men zie bijvoorbeeld Van Dunné, o.c.
  20. Over de verhouding van rechtszekerheid en rechtsontwikkeling heb ik geschreven in de eerder geciteerde beschouwing over Max Weber. Ook Weber had onvoldoende in de gaten, dat de functie van specialisatie in sociale controle, c.q. een gespecialiseerde rechtstaal, niet dient ter vermindering van de onzekerheid in geval van een authentiek rechtsconflict, maar juist de vergroting van het aantal mogelijke constructies van beslissingen.
  21. Ook Schoordijk heeft in zijn in noot 18 genoemde publicatie bijgedragen tot een nuancering van het beeld van de standpunten pro en contra hercodificatie van voor de oorlog.
  22. K. Wiersma, Meijers en de hercodificatie, WPNR 5504 (1980), p. 22 e.v.
  23. Men zie in dit verband ook noot 59.
  24. J.C. van Oven, Meijers voor het professoraat, RMT 1950, p. 110.
  25. R.P. Cleveringa, *Herdenking van Eduard Maurits Meijers*, RMT 1954, p. 282.
  26. E.M. Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Leiden 1954, p. 22 e.v.; voor dergelijke uitspraken zie men ook 'Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838', Meijers bijdrage aan het Gedenkboek BW van 1838, opgenomen in de *Verzamelde opstellen*, p. 109 e.v., i.h.b. p. 134.
  27. Van belang in dit verband is de volgende uitspraak van Kisch in: J. M. van Dunné e.a., *Acht civilisten in burger*, Zwolle 1977, p. 121. Kisch, die twee jaar met Meijers in Westerbork en Theresienstadt gevangen heeft gezeten, zegt: 'Ook herinner ik me dat hij herhaaldelijk verklaarde, dat hij zich in wezen als mislukt beschouwde: hij had politiek en legislatief werk willen presteren, maar de Nederlandsse overheid had hem daartoe geen kans geboden, en 'dat was dan misschien wel de wetenschap ten goede gekomen', maar het had hem verstoken van de functies die hij bovenal begeerde'.
  28. Zie mijn bijdrage over Van Vollenhoven in: T.J. Veen en P.C. Kop, *Zestig Juristen*, Zwolle 1987.

29. L.M.I.L. van Taalingen-Dols, *De strijd om een mensenleven*, Goes 1960, p. 225. Van Eysinga, een groot bewonderaar van Van Vollenhoven, was tijdens de oorlog kennelijk ook in de weer met de Groot, blijkens zijn in 1945 verschenen boek 'Hulgh de Groot', Haarlem 1946.
30. J.Th. de Smidt, *Codificatie en Grotius*, in: J. van Dunné e.a., *Na oorlog en vrede*, Arnhem 1984, p. 97 e.v.
31. G. Oly, *Over het behoud van het zakenrecht*, WPNR 5694 (1984), p. 246 e.v.; zij hecht overigens een meer dan slechts oppervlakkige betekenis aan Meijers "aansluiting" bij de Groot, namelijk de representatie in de terminologie van het recht van de sociaal-economische machtsverhouding. Haar betoog van die strekking komt mij niet erg overtuigend voor.
32. H.J.M. Boukema, *Meijers en Spinoza*, WPNR 5459 (1979), p. 17 e.v. Uit andere bron heb ik vernomen, dat Meijers in Theresiënstadt belangstelling zou hebben gehad voor Leibniz, die veel invloed ondergaan heeft van Spinoza's gedachten. Belangstelling voor Spinoza en Leibniz past bij Meijers fascinatie door wiskunde en systematiek. Volgens mijn zegsman zou Meijers zelfs betekenis gehecht hebben aan numerologie.
33. G.E. Langemijer, *Meijers en de rechtsdogmatiek*, RMT 1950, p. 133 e.v.; Idem, bespreking van 'De Algemeene Begrippen', RMT 1958, p. 589 e.v.
34. H. Drion, *Scholten en Meijers: een tegenstelling?*, WPNR 5314, p. 520 e.v.
35. P. Scholten, *Algemeen Deel*, Zwolle 1954, p. 54.
36. Bovendien zal men moeten opmerken, dat het beeld van het 19e-eeuwse juridisch denken in Nederland als extreem legistisch, op zichzelf al een karikatuur is, zoals P.C. Kop in 'Legisme en privaatrecht', Zwolle 1985, en G.E. van Maanen in 'Onrechtmatige daad', Deventer 1986, hebben laten zien.
37. Zie noot 27.
38. Men zie Meijers' *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, o.c. p. 133.
39. O.c., p. 219.
40. Op de bibliotheek van het ministerie van Justitie kan nog een spoor van deze affaire worden aangetroffen. Op de fiche in de kaartenbak is bij 'Veegens-Oppenheim' na de vermelding van 'Pitlo' in typeletters toegevoegd: 'lees: C.H.F. Polak'.
41. O.c., p. 120.
42. P. Abas, *Beperkende werking van de goede trouw*, Deventer 1972, p. 47. men zie over de inleidende titel ook: J. Pel, *De Inleidende Titel van het NBW*, *Ars Aequi* 35 (1986), p. 733 e.v.
43. Men zie: *Acht civilisten in burger*, o.c., p. 135.
44. O.c., p. 224.
45. Het historisch verband tussen het ontwerp en de algemene begrippen is overigens niet helemaal duidelijk. Zoals eerder vermeld, beweert Cleveringa verwijzend naar Van Oven, dat Meijers al in zijn Amsterdamse tijd aantekeningen gemaakt zou hebben voor een NBW. Van Oven 'meent' zich dit te herinneren, maar vond het kennelijk niet nodig deze herinnering bij Meijers te verifiëren, zodat ik die herinnering weinig vertrouw. Dat Meijers al ver voor de oorlog veel belangstelling had voor hercodificatie, is natuurlijk algemeen bekend en blijkt uit diverse geschriften. Of hij er toen ook al aan gewerkt heeft, is overigens niet bekend. Voor de bewering dat hij al tijdens de oorlog gewerkt zou hebben aan teksten voor een NBW heb ik maar één aanwijzing kunnen vinden. In het boek van mevrouw Van

Taalingen-Dols (o.c., p. 290) wordt vermeld, dat zij opgebeld wordt door Mr. De Winter, de latere hoogleraar in het Internationaal Privaatrecht te Amsterdam, die als koerier van de Joodse Raad optrad tussen Westerbork en Amsterdam. Deze deelt haar mee vlak voor Meijers' deportatie van hem werk 'dat handelt over een nieuw BW' te hebben ontvangen. Ik heb niet kunnen achterhalen wat de inhoud van die stukken geweest is. De Winters' zoon, mijn collega R.E. de Winter, heeft mij gezegd dat zijn vader de van Meijers ontvangen stukken waarschijnlijk weer doorgegeven had aan Bregstein. Ik heb moeite gedaan om voor inlichtingen hieromtrent met Bregsteins zoon Philo, die in Frankrijk woonachtig is, in contact te komen, maar dat is me tot nu toe niet gelukt. Van Dunné maakt melding van mogelijke invloed van ontwerpen die Meijers reeds voor de oorlog vervaardigd heeft in ander verband. Hij baseert zich daarvoor op inlichtingen van de huidige hoogleraar Rood-De Boer die tussen 1949-1951 als secretaresse is opgetreden voor Meijers. Zij moest, zo heeft zij mij bevestigd, op een gegeven moment teksten uittikken die moeilijk leesbaar waren doordat de inkt sterk verbleekt was. Meijers vertelde haar dat die teksten van voor de oorlog waren. Volgens Van Dunné zijn dat vermoedelijk teksten die Meijers gemaakt heeft in het kader van de unificatie van het privaatrecht (Unidroit), die, zo Van Dunné, slechts bij uitzondering tot verdragen geleid hebben die in werking getreden zijn.

46. In zijn van grote waardering en vriendschap getuigende herdenkingsrede "Herdenking van Paul Scholten", gepubliceerd in het Jaarboek 1947-48 van de KNAW, opgenomen in WPNR nr. 5314 (1975), p. 471 e.v., zegt Meijers over Scholtens rechtsfilosofische gedachten: 'Veel in deze uiteenzettingen van Scholten is meer het belijden van een overtuiging dan een streng wetenschappelijk betoog' (p. 475).
47. P. van Schilfgaarde, *Bespreking van J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, RMT 1976, p. 546 e.v.
48. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, Deventer 1979, p. 14 e.v.
49. J.M. van Dunné, *Waar doet het pijn?*, Advocatenblad 1987, p. 129.
50. Ik moet Van Dunné om enig geduld vragen voor een nadere motivering van mijn stelling. De verantwoording van zijn systematiek op dit punt geeft Meijers in zijn op pagina 277 van de 'Algemene begrippen'.
51. A.R. Bloembergen, *Over de methode Meijers*, WPNR 5504 (1980; Meijers-nummer), p. 41 e.v. De bijdrage van Bloembergen onderscheidt zich van die van anderen, doordat hij wat meer ingaat op Meijers opvattingen over billijkheid en over belangafweging.
52. D.J. Veegens, *Een herwaardering van Meijers*, *Lugdunum Batavorum Iuri Sacrum*, Deventer 1982, p. 199 e.v.
53. Andere overwegingen in Meijers' geschriften over hercodificatie aangevoerd, zijn het feit dat rechters het instrumentarium missen om regelingskwesties die boven een concreet geval uitgaan adequaat te onderzoeken, laat staan dat zij zich in het algemeen op wetgevende wijze zouden kunnen uitspreken over hele klassen van gevallen in hun volledige complexiteit; de soms chaotische versnippering van burgerlijk recht, de hoe langer hoe meer toenemende last van jurisprudentiële slingerplanten in het krakemikkig gebouwde BW, dat niet voorziet in allerlei

- moderne rechtsfiguren en allerlei kwesties ongeregeeld laat, die slechts incidenteel en min of meer toevallig in de rechtspraak aan de orde komen, omdat de rechtspraktijk er met een grote boog omheenloopt uit angst voor processen.
54. Langemeijer, o.c., 1958, p. 590. Langemeijer spreekt in dit verband van Meijers' zo 'weinig nadrukkelijke schrijfwijze'. Wat Langemeijer daarmee bedoelt is mij niet duidelijk, tenzij hij gewoon wil zeggen: compact, zonder veel omhaal van woorden. Dit is echter geenszins een probleem, zolang het abstractieniveau van het betoog relatief laag blijft, zoals in de meeste van Meijers' rechtsdogmatische geschriften. Zijn methodologische geschriften vragen echter inderdaad een hoge mate van concentratie.
  55. Langemeijer, o.c., 1958, p. 591.
  56. Men zie daarover: J.H.M. Klanderman, *Ratio, wetenschap en recht*, Zwolle 1986.
  57. J. Eggens, iets over de ontwikkeling van het privaatrechtelijk denken in de laatste halve eeuw, oratie Batavia 1935. Hoewel hij Scholten duidelijk bewondert, vindt hij dat diens opvattingen nog teveel doen "denken aan de materialistische meening, dat het recht ergens kant en klaar te vinden zou zijn". In Eggens opvatting komt al het recht immers voort uit de ene rechtsidee, die zich dialectisch-historisch ontwikkeld. Scholtens existentialistische idee van wezenlijk onverzoenlijke hoogste rechtsbeginselen, sprak hem duidelijk niet aan.
  58. Men zie o.a. W. Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied 1972.
  59. In dit verband is het ook nuttig te wijzen op het feit, dat Meijers in zijn 'Herdenking van Paul Scholten', o.c., p. 475, zegt: 'Niets hinderde hem (Scholten) meer dan de slappe houding van de meeste zijner Amsterdamse collega's'. Die opmerking zal ongetwijfeld kwaad bloed gezet hebben in Amsterdam.
  60. In zijn terugblik op 'Norm en Handeling' in: *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1984, nr. 3, p. 229 e.v., gaat Glastra van Loon helaas niet in op de kwestie van de receptie van zijn proefschrift.
  61. In 'Iudex viator', *Ars Aequi*, 1967, p. 15, blijkt zelfs van inspiratie vanuit de moderne katholieke Kerkleer, waarin volgens Ter Helde 'soortgelijke trends te bespeuren (zijn) als in de algemene rechtsleer'. De functionele rechtsleer maakt inderdaad een in de Griekse zin van het woord 'katholieke' indruk, overigens ook in die zin dat Ter Helde zich op een nogal autoritaire manier beroept op wat 'de' moderne filosofische antropologie zou leren, opvattingen die destijds al hoogst discutabel waren en vele daarvan liggen thans te vergaan op de vuilnishoop van de ideeëngeschiedenis.
  62. Men zie daarvoor mijn bijdrage over Scholten in: T.J. Veen en P.C. Kop, *Zestig juristen*, Zwolle 1987, p. 249.
  63. Nota bene te Leiden, waar Glastra van Loon tot 1971 hoogleraar was geweest.
  64. Men zie: E. van Alphen, Nieuwenhuis' theorie van het contracteren, een kritiek, *Recht en kritiek* 1986/1, p. 43 e.v. Hoewel ik het met Van Alphen eens ben, dat de aansluiting bij de taalhandelingsleer door Nieuwenhuis weinig overtuigend is, meen ik dat dit aan de eigenlijke analyse van de drie beginselen weinig afdoet.
  65. Deze heeft namelijk uitsluitend een heuristische betekenis, en berust op het triviale concept van een vaag begrip. Wiarda suggereert bovendien ten onrechte, dat vage begrippen altijd



- begripskenmerken van een ordinaal karakter hebben, terwijl hij ook niet ingaat op de decisieproblematiek in het geval van meerdimensionele schalen.
66. E.J.P. Mackaay, *Economics of Information and Law*, Montreal 1980.
  67. Men zie bv. J.T.K. Bos, *stelselmatige rechtspraak*, Zwolle 1986, en J.H.M. Klatterman en N.H.M. Roos (red.), *Interne en externe analyses van recht*, Zwolle 1987.
  68. R.J.B. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent*, Arnhem 1986. Dit zeer boeiende proefschrift is geschreven onder leiding van Van Dunné, die daarmee duidelijk laat zien dat hij ondanks zijn oppositie tegen het NBW, wel degelijk het belang van de onderscheiding van rechterlijke en regelgevende activiteiten in te zien. Kottenhagens afwijzing van 'prospective overruling' op grond van de door hem aangehangen 'Fallnormtheorie', kan ik bij gebrek aan appreciatie voor deze laatste echter niet delen.
  69. Ik herinner in dit verband bijvoorbeeld aan de affaire-Van Aardenne, waarvoor Joekes bestraft werd en – gelukkig – vervolgens een 'amende honorable' toebedeeld kreeg van de kiezers.
  70. Daarmee bedoel ik een niet aan een actuele of concrete casus gebonden vorm van cassatie, waardoor de HR gelegenheid zou krijgen zich uit te laten op een wijze die thans nog steeds bekend staat als 'obiter dictum'.
  71. Een voorstel tot verbetering van het functioneren van het parlement op het gebied van de wetgeving is onlangs gedaan door mijn collega's Cohen en Bakker ('De Wetgever tussen Recht en Politiek', *Namens Jaargang 2* afl. 2, pag. 97-102). In hun voorstel wordt echter een zware wissel getrokken op de Raad van State, een mijns inziens ondemocratisch instituut. Ze hanteren een mijns inziens vaak moeilijk vol te houden onderscheid tussen technisch-juridische en politieke kwesties. Niet dat ik zou menen dat juridische en politieke kwesties meestal niet redelijk goed te scheiden zijn, maar technische kwesties hebben soms belangrijke politieke implicaties en omgekeerd zodat het gevaar blijft dat de rol van de Raad van State onzuiver wordt. Zoals als ook het geval was in de kruisvluchtwapenkwestie. Ook de door Cohen en Bakker voorgestelde procedure (verzoek om tweede advies door de Eerste Kamer aan de Raad van State, gevolgd door amendingsmogelijkheid bij positief advies daartoe door de Raad van State en bij aanneming, nader overleg tussen de kamers) lijkt mij niet alleen erg ingewikkeld, maar er kan volgens mij ook nauwelijks een ingrijpende verbetering van het wetgevingsproces als geheel van verwacht worden. Hoe verdienstelijk de Eerste Kamer zijn werk thans ook doen mag, voor de meeste leden ervan blijft het een bijbaan naast de vele andere die deze notabele politici vervullen.
  72. Zie R.E. Bakker, *De reactie van de regering en de Tweede Kamer op de wetgeversadvisering door de Raad van State*, *Regelmaat* 1986, p. 125-128.